

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

ENVERS LES TIERS

DANS LA GESTION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

DROIT FRANÇAIS ET ANGLAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mardi 22 novembre 1898, à 2 h. 1/2

PAR

Henri DECUGIS

Président : M. WEISS, professeur.

Suffragants { MM. BOISTEL, professeur.
 MASSIGLI, professeur.

PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, rue Soufflot, 16

1898

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

ENVERS LES TIERS

DANS LA GESTION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

DROIT FRANÇAIS ET ANGLAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mardi 22 novembre 1898, à 2 h. 1/2

PAR

Henri DECUGIS

Président : M. WEISS, professeur.

Suffragants { MM. BOISTEL, professeur.
 MASSIGLI, professeur.



PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, rue Soufflot, 16

1898

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE I

GÉNÉRALITÉS

	Pages
Complexité des biens juridiques modernes, notamment en matière de sociétés par actions.....	4

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE II

DE L'ACTION DES TIERS

<i>Section I.</i> — Qui peut revendiquer la qualité de tiers	6
Créanciers. — Actionnaires.....	6
Exercice de l'action sociale et de l'action individuelle.....	8
<i>Section II.</i> — Preuve du préjudice causé aux tiers.	13
Présomptions légales, leur utilité...	14
Souscriptions surprises par fraude, preuve du dol.....	16

	Distinction entre les souscripteurs et leurs cessionnaires.....	24
<i>Section III.</i> —	Evaluation du préjudice causé aux tiers	27
	Remboursement intégral ou partiel de la souscription.....	28
<i>Section IV.</i> —	Prescription quinquennale. Associés auxquels elle s'applique	29

CHAPITRE III

RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES AGENTS D'UNE SOCIÉTÉ
ENVERS LES TIERS ; SA NATURE ET SON ÉTENDUE

<i>Section I.</i> —	Qui est agent responsable. Directeurs, administrateurs, commissaires des comptes	33
<i>Section II.</i> —	Nature individuelle ou solidaire de la responsabilité	34
	Solidarité réelle entre administrateurs.....	35
	Solidarité personnelle à raison des fautes commises pendant la gestion. Devoir de surveillance mutuelle...	36
	Fautes commises avant ou après la gestion.....	38
<i>Section III.</i> —	Causes de la responsabilité, fautes graves, émissions frauduleuses, syndicats illicites.....	40
<i>Section IV.</i> —	Fautes commises par l'agent en dehors de son mandat, emprunts ; limites pratiques des pouvoirs des administrateurs.....	46
	Commissaires des comptes, utilité, fonctions, responsabilité	49

CHAPITRE IV

RESPONSABILITÉ DES ACTIONNAIRES ENVERS LES TIERS,
NATURE ET ÉTENDUE

<i>Section I.</i> — Responsabilité collective en principe.	34
Pouvoirs de la majorité des actionnaires, excès de pouvoirs, mauvaise foi, restitution des dividendes fictifs.	52
<i>Section II.</i> — Exercice de l'action contre la société, personnalité morale de la société, limites de cette fiction.....	62
<i>Section III.</i> — Causes de la responsabilité, actes personnels des actionnaires, défaut de publicité, fautes de gestion, syndicats d'actionnaires.....	64
<i>Section IV.</i> — Réductions de capital; abaissement du taux des actions, échanges, rachat, reports sur les actions.....	69
<i>Section V.</i> — Responsabilité des administrateurs pris comme mandants, mandataires substitués, administrateurs-délégués.....	79
Actes des agents accomplis dans les limites de leur mandat ou sinon ratifiés après coup.....	81
Opérations illicites, hypothèque apparente.....	83
<i>Section VI.</i> — Actes des agents accomplis en dehors du mandat mais ayant profité à la société.....	85
Bases de la responsabilité de la société.....	90
Vices occultes, emprunts irréguliers, titres falsifiés, manœuvres de bourse. Conclusion.....	94

DROIT ANGLAIS

CHAPITRE V

ACTION DES TIERS

<i>Section I.</i> — De l'action des tiers.....	102
Qui peut revendiquer la qualité de tiers.....	103
Créanciers ; obligataires, clause de majorité, action collective.....	104
Actionnaires	106
<i>Section II.</i> — Action en nullité de souscription...	110
Action de dol	112
Action en indemnité en vertu du <i>Director's liability Act</i> de 1890.	112
Action en indemnité en vertu de la rect. 38 du <i>Companies Act</i> de 1867.	115

CHAPITRE VI

RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES AGENTS D'UNE SOCIÉTÉ ENVERS LES TIERS ; SA NATURE ET SON ÉTENDUE

<i>Section I.</i> — Qui est agent responsable. Directeurs, secrétaires, <i>auditors</i> . Position fiduciaire des directeurs	117
<i>Section II.</i> — Nature individuelle ou solidaire de la responsabilité, devoir de surveillance mutuelle, négligences...	120
<i>Section III.</i> — Causes de la responsabilité.....	125

Fautes graves, dividendes frauduleux, estimation des bénéfices, syndicats à garantie spécialement limitée. Réduction judiciaire du capital.	126
Commissions aux intermédiaires, frais de réclame.....	132
<i>Section IV.</i> — Fautes commises par l'agent en dehors de son mandat, bénéfices illicites, fausses informations, commissions secrètes.....	136
<i>Section V.</i> — Limites conventionnelles de la responsabilité des directeurs; influence de la nature de la société; emploi d'experts pour estimer les bénéfices.....	140
<i>Section VI.</i> — Limites de la responsabilité des <i>auditors</i> ; situation fiduciaire.....	144
<i>Section VII.</i> — <i>Trustees</i> des obligataires, utilité, fonctions, responsabilité.....	147

CHAPITRE VII

RESPONSABILITÉ DES ACTIONNAIRES ENVERS LES
TIERS. NATURE ET ÉTENDUE

<i>Section I.</i> — Responsabilité collective en principe. Mauvaise foi, restitution des dividendes fictifs... ..	152
<i>Section II.</i> — Intérêts aux actionnaires pendant la période préparatoire.....	154
<i>Section III.</i> — Actes des directeurs et agents accomplis dans les limites de leur mandat ou sinon ratifiés après coup...	158
<i>Section IV.</i> — Actes des directeurs et agents accomplis en dehors de leur mandat mais ayant profité à la société....	161
<i>Section V.</i> — Irrégularités commises par les direc-	

teurs et agents dans un intérêt personnel.....	164
<i>Section VI.</i> — Actes irréguliers accomplis par l'agent dans la limite apparente de ses attributions.....	168
Tiers de bonne foi, emprunts, responsabilité de la société.....	171

CHAPITRE VIII

CONCLUSION

<i>Section I.</i> — Comparaison des systèmes anglais et français.....	178
Actions de priorité, obligations privilégiées, hypothécaires, sociétés à garantie spécialement limitée, conservation du capital; <i>waiver clause</i> ; exercice de l'action sociale et individuelle.....	179
Directeurs et administrateurs; <i>auditors</i> et commissaires des comptes; régularité apparente de la gestion vis-à-vis des tiers.....	182
Contrôle des <i>trustees</i> et sociétés civiles entre obligataires français. Comités de défense.....	184
<i>Section II.</i> — Evolution parallèle des deux jurisprudences.....	188
Risque professionnel, risque social..	188
Ancien et nouveau formalisme.....	193

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE
ENVERS LES TIERS
DANS LA GESTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

CHAPITRE I

GÉNÉRALITÉS

Par suite du développement considérable pris de nos jours par les associations de capitaux, les anciennes conceptions du droit classique se trouvent actuellement en pleine transformation. L'idée primitive du contrat est avant tout celle d'un rapport de droit bipartite, car à l'origine le bien juridique est simple et n'affecte que deux personnes. Et ceci est vrai même du mandat où l'on voit une troisième personne intervenir. Les premiers Romains en effet ne comprenaient pas cette intervention d'un tiers et ne connaissaient pas le mandat. Et plus tard, quand les besoins de la pratique les eurent amenés à élargir cette conception simpliste, ils durent procé-

Complexité actuelle des biens juridiques.

der par étapes successives ; le mandataire ne fut d'abord considéré que comme le prolongement de la personne juridique du mandant. Il n'y avait pas là de contrat et à l'origine, nous voyons que le mandataire n'était qu'un esclave sans existence juridique propre. Même plus tard, lorsqu'on arriva à employer des personnes libres comme mandataires, il est probable que le mandat ne fut pas encore considéré comme un véritable contrat et on ne concevait pas que le mandataire eût droit à une indemnité (1).

Aujourd'hui au contraire, nous sommes arrivés, par étapes, à reconnaître des liens juridiques infiniment plus complexes. La notion d'un lien de droit multipartite nous est devenue familière.

Complexité juridique des sociétés par actions.

Le contrat de société par actions fournit un bon exemple de cette complexité juridique. Ce contrat donne naissance, nous le savons, à des rapports de droits divers et qui dépendent étroitement les uns des autres. Qu'y a-t-il de plus enchevêtré que les droits et les responsabilités qui se groupent autour d'une société par actions, des créanciers chirographaires ou hypothécaires, des obligataires, des actionnaires, des apporteurs, des directeurs, des commissaires aux comptes, des employés, agents divers, etc ? Pour

1. May, *Droit romain*, § 150.

toutes ces catégories de contractants, le lien de droit varie ; les statuts et la loi viennent établir des différences et donner notamment à la fiction de la personnalité morale de la société des effets plus ou moins étendus selon la catégorie d'intéressés dont il s'agit.

Cette transformation, nous le verrons, est loin d'être terminée à l'heure actuelle. Des situations nouvelles se présentent chaque jour et exigent la reconnaissance de liens juridiques là où le droit antérieur refusait d'en voir. Ces solutions sont ordinairement admises dans la pratique avant d'être consacrées par la loi, car, conformément à une loi générale bien connue, c'est l'utilité sociale qui amène la reconnaissance d'obligations encore dépourvues de sanctions juridiques.

Avance de la pratique sur la théorie juridique.

Ce n'est pas en effet seulement dans la jurisprudence qu'il faut chercher le droit en formation, c'est aussi dans la pratique des affaires. Spécialement au point de vue qui nous occupe ici, la lecture des procès-verbaux d'assemblées d'actionnaires fournit souvent des renseignements intéressants. Ainsi nous verrons plus loin que la sécurité des tiers traitant avec une société et par conséquent le crédit même de cette société, exigent une extension continue de la responsabilité de la société mandante à des actes

faits en dehors de leurs pouvoirs par les administrateurs ses mandataires. Cette extension est un peu plus avancée en Angleterre qu'en France, probablement à cause du développement plus considérable qu'y ont pris les sociétés par actions (1).

Un exemple de cette tendance de la pratique à devancer le législateur se trouve dans un rapport de conseil d'administration (2) dont voici un passage : « A la suite du jugement du tribunal de commerce de la Seine du 16 avril 1896 qui avait déclaré notre Compagnie responsable des faits relevés contre notre ancien directeur, nous avons interjeté appel au cas où un accord ne serait pas intervenu contre les parties. Il vous souvient qu'à la perte de 337.143 fr. 40 subie directement par la société, venait s'en ajouter une autre beaucoup plus importante provenant des responsabilités mises à notre charge par le tribunal. *Bien que la théorie exposée dans le jugement qui nous a condamnés soit et reste discutable, l'intérêt bien compris de notre société nous*

1. Les sociétés nouvelles formées en Angleterre pendant le premier trimestre de 1898 ont été au nombre de 2.544 représentant un capital social de 146 millions de livres sterling soit pour 2.630.000.000.

2. Compagnie Générale de Tramways. Rapport du Cons. d'administration à l'Assemblée des actionnaires du 11 juin 1897. V. *Economiste français* du 4 septembre 1897.

commandait de traiter avec les créanciers pour effacer l'impression fâcheuse produite par ces regrettables événements et éviter que le crédit de la Société pût en être atteint. Notre devoir est de vous déclarer que nous avons trouvé un concours bienveillant chez les établissements de crédit victimes des opérations irrégulières de notre ancien directeur et dans sa famille un noble exemple de désintéressement et de généreuse solidarité ». Ce qu'il faut retenir ici, c'est que les administrateurs tout en croyant avoir des chances de succès en appel, préférèrent y renoncer en obéissant, non à des considérations juridiques, mais à des considérations pratiques dans l'intérêt même du crédit de leur société.

C'est cette recherche des responsabilités sociales et individuelles qui forme le sujet de ce travail. En examinant les solutions données à ces questions par les lois anglaise et française, nous retrouverons sous la diversité des détails un même principe directeur inspiré par des nécessités économiques sensiblement analogues.

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE II

ACTION DES TIERS

I

Personnes pouvant revendiquer la qualité de tiers.

Qui peut revendiquer la qualité de tiers ?

Le créancier.

Avant de délimiter les responsabilités encourues envers les tiers dans la gestion des sociétés, il faut déterminer quels sont les intéressés pouvant revendiquer la qualité de tiers. Ici, ce terme pris dans un sens large comprend tous les créanciers, soit de la société, soit de ses préposés pris comme tels. Nous verrons en effet, qu'on peut être créancier du directeur (pris en sa qualité de directeur) sans que la société soit obligée et inversement créancier de la société sans que le directeur soit obligé. Toutefois, écartant pour l'instant cette distinction, nous pouvons considérer comme tiers le créancier

chirographaire, gagiste ou hypothécaire, par exemple le banquier qui a fait à la société une ouverture de crédit, le porteur d'une lettre de change, le fournisseur, l'obligataire dont le titre de créance est négociable sur le marché et enfin dans certains cas, l'actionnaire. En effet, si ce dernier a été induit à souscrire par les allégations mensongères du prospectus d'émission, on ne peut lui opposer sa qualité d'associé pour lui refuser une action individuelle, car c'est justement sa qualité d'associé qu'il déclare lui avoir été surprise par dol et qu'il veut répudier.

L'actionnaire dans certains cas.

En principe toutefois, l'actionnaire isolé n'a pas l'exercice de l'action sociale qui appartient à la majorité des actionnaires exprimée en assemblée générale. C'est une conséquence du pacte social qu'en s'associant, il a remis la défense des intérêts sociaux aux mains de la majorité. Il n'y a d'exceptions à cette règle que les cas de fraude et de violation des statuts. Et encore n'y a-t-il pas là de véritables exceptions puisqu'elles constituent des dérogations au pacte social, et que l'actionnaire n'a consenti à abdiquer l'exercice de ses droits que sous la condition de l'exécution régulière du pacte social. Ainsi il y aurait fraude si certains actionnaires disposant de la majorité enlevaient un vote favorisant uniquement leurs intérêts particuliers ; si, pour

prendre un exemple extrême, ils s'attribuaient les bénéfices de l'exercice à l'exclusion de la minorité. Un exemple plus pratique est le suivant. Une société est sur le point de passer un traité avec une entreprise quelconque ; ce traité, quoique désavantageux pour la société est néanmoins approuvé, parce que la majorité est dans la main de certains actionnaires qui sont en même temps propriétaires de l'entreprise en question. On voit qu'il est quelquefois nécessaire d'écarter le principe de la personnalité morale des sociétés et d'accorder à l'actionnaire isolé ou à un groupe d'actionnaires une action individuelle soit contre les administrateurs, soit contre la société.

La volonté de la majorité des actionnaires lie la minorité.

Toutefois il n'est pas douteux que dans les limites du pacte de société, la volonté sociale exprimée par la majorité soit souveraine : « C'est la conséquence du principe constitutionnel des sociétés, a dit l'avocat général Dupré-Lassalle (1), que la volonté de la majorité s'impose à la minorité. Autrement le désordre s'introduirait là où doit régner l'unité. »

Exercice de l'action sociale par des actionnaires isolés.

Dans l'application, la distinction entre l'action sociale et l'action individuelle est assez délicate, d'autant plus que la jurisprudence reconnaît aux actionnaires isolés le droit d'exercer contre

1. C. de Paris, 22 avril 1870, D. 70. 2. 121.

les administrateurs coupables de fautes de gestion, non seulement l'action individuelle, mais aussi l'action sociale si la société ne l'exerce pas. Cette dernière solution se justifie assez mal en disant que chaque actionnaire est intéressé pour sa part à l'exercice de l'action sociale, que l'inaction de la société ne saurait le priver du droit d'agir *ut singuli* tant que cette action existe encore, c'est-à-dire tant qu'elle n'est pas éteinte du fait et de la volonté manifeste de la société par un vote de l'assemblée générale conformément aux statuts (1). L'actionnaire, d'ailleurs, n'agit pas pour son compte exclusivement et les dommages-intérêts dus à la société doivent être versés dans les caisses de cette dernière sans même que l'actionnaire puisse demander l'attribution spéciale d'une partie des dommages-intérêts pour le paiement des frais et déboursés du procès.

Il est évident que le système de la jurisprudence est très contestable au point de vue juridique, car les mandants des administrateurs

1. Jug. Trib. comm. Lyon 31 janvier 1888 confirmé sur appel 28 janvier 1890, D. 92, II. 33; Cass., 3 déc. 1883, D. 1884, I. 339; S. 85. 1. 97, et la note de M. Labbé. *J. Pal.* 1. 225; Cass., 23 fév. 1885. D. 1885, 1. 413; Paris, 6 mai 1885, D. 1886. 2. 25 et la note de M. Thaller. MM. Lyon-Caen et Renault II, n. 827, M. Labbé (note précitée) et M. Deloison (Traité des sociétés commerciales n. 445) repoussent cette jurisprudence. V. aussi Trib. de la Seine 19 juil. 1894. *J. S.* 1895. 178.

Distinction.

poursuivis ne sont pas les actionnaires pris individuellement, mais bien la société, être moral doué d'une personnalité propre et distincte. En pratique, il amène la multiplication des procès.

Toutefois, certains auteurs et notamment MM. Lyon-Caen et Renault (II n° 827), font une distinction qu'on ne peut qu'approuver. Quand la responsabilité découle d'une violation de la loi ou des statuts, ces auteurs décident qu'à défaut de réclamation formée au nom de la société, chaque actionnaire a le droit d'agir sans qu'on puisse lui opposer une décision de la majorité. En effet, chaque associé s'est soumis d'avance à la majorité, mais n'a consenti à annihiler sa personnalité que sous la condition du respect de la loi et des statuts.

Ainsi il a été jugé qu'un bilan de société anonyme argué de simulation peut toujours être attaqué devant les tribunaux malgré l'approbation de l'assemblée générale (1). M. Thaller, sous l'arrêt de 1886 précité, objecte que cette doctrine est de nature à amener des procès individuels dont la répétition journalière entraverait la marche des sociétés les plus solides ; que d'ail-

1. Trib. comm. Seine, 23 juil. 1894, J. S. 95. 185. *Le Droit*, 27, 28 août 1894. Sur le pouvoir qui appartient aux assemblées générales de ratifier les actes d'impéritie ou de mauvaise gestion des administrateurs. V. Paris, 20 fév. 1875. D. 77. 2. 54 et Civ. rej. 20 fév. 1877. D. 77. 1. 201.

leurs elle repose sur une distinction arbitraire, car il n'y a, selon lui, aucun motif de traiter autrement les mauvaises opérations faites dans le cercle des opérations statutaires et celles qui s'aggraveraient d'un excès de pouvoirs. Dans chaque cas, c'est la collectivité qui est atteinte et la créance en réparation est de nature sociale. En réalité, M. Thaller ne répond pas à l'argument adverse, car, s'il existe bien dans chaque cas une créance sociale, il y a aussi une créance individuelle née de la violation des statuts dont chaque associé a très certainement le droit d'exiger l'observation.

Action individuelle de l'actionnaire pris comme tiers.

Revenons à l'action personnelle de l'actionnaire en tant que tiers, laquelle rentre seule dans notre sujet. On peut la définir en l'opposant à l'action sociale. Il résulte, tant du droit commun que de la loi du 24 juillet 1867, qu'une double action est ouverte aux actionnaires. L'action est sociale lorsqu'elle résulte d'un préjudice atteignant la société entière, c'est-à-dire tous les associés, préjudice provenant par exemple, d'une faute des administrateurs commise dans l'exercice de leur mandat. L'action est individuelle au contraire, lorsqu'il s'agit d'un dommage particulier subi par un ou plusieurs associés.

Différence avec l'action sociale.

La Cour de cassation (1) dit fort bien que l'ac-

1. Req. 3 déc. 1883. D. 84. 1. 342.

tion individuelle a sa source dans l'art. 1382 C. civ., que par suite les administrateurs d'une société anonyme peuvent, à raison de faits différents ou même à raison des mêmes fautes constituant, par exemple, des manœuvres ou des dissimulations coupables, se trouver doublement responsables : 1° envers la société qu'ils ont mal gérée ; 2° envers les tiers (actionnaires ou non) victimes de leurs actes.

Prospectus d'émission frauduleux.

Dans le second cas, la responsabilité découle de l'art. 1382 C. civ., et dans le premier de l'art. 1992 C. civ., relatif à la responsabilité du mandataire envers son mandant.

La source la plus fréquente d'action individuelle est la publication d'un prospectus frauduleux pour attirer les souscripteurs d'actions ou d'obligations. Celui dont le consentement a été ainsi surpris peut invoquer sa qualité de tiers pour faire déclarer nulle sa souscription.

Cette action personnelle étant complètement distincte de l'action sociale, ne saurait être éteinte par une décision de l'assemblée générale sous forme de quitus ou autrement. Il a été jugé (1) que l'actionnaire conserve son action même s'il prend part aux assemblées générales et touche les dividendes, du moins tant qu'il n'a

1. C. de Lyon, 28 fév. 1894, pourvoi rejeté par la Ch. des req. 30 juil. 1895. D. 95. 1. 133.

pas été dit à l'assemblée que les promesses faites lors de l'émission (et qui l'avaient engagé à souscrire) ne pourraient pas être tenues. En touchant les dividendes annoncés, cet actionnaire ne peut être censé ratifier un état de choses que rien ne lui a révélé. Il a une action contre les administrateurs qui ont lancé un prospectus mensonger et aussi contre la société. Cette dernière est en effet, tenue en principe, de réparer le préjudice causé aux tiers de bonne foi par les manœuvres dolosives de ses mandataires qui lui ont ainsi attiré des souscriptions dont elle ne doit pas profiter. Ainsi, la société ne peut exciper d'un quitus donné par elle à ses administrateurs et ceux-ci ne peuvent non plus invoquer ce quitus puisque l'action sociale éteinte par lui est relative à un mandat que les tiers n'avaient pu encore conférer au moment où ils ont souscrit.

II

Preuve du préjudice

La preuve du préjudice causé aux tiers dans la gestion d'une société par actions, se fait en principe par les moyens de droit commun. Toutefois le législateur a établi ici un certain nom-

Comment se fait la preuve du préjudice ?

Présomptions légales établies par la loi.

Absence de publicité légale.

bre de présomptions légales dont le but est de protéger les tiers en leur rendant la preuve plus facile. Ainsi l'art. 56 de la loi de 1867 dispose que l'absence des formalités de publicité imposées aux sociétés ne pourra pas être opposée aux tiers par les associés. Les tiers pourront donc agir valablement contre une société fonctionnant en fait, mais dont l'acte constitutif n'a pas été régulièrement publié, c'est-à-dire que la nullité de la société n'existe que contre les associés.

De même en l'absence de la publication d'une modification aux statuts ou d'une dissolution anticipée, aux termes de la loi (art. 61 de la loi de 1867), la responsabilité des associés demeure la même qu'auparavant. Cette présomption légale que les tiers ont ignoré le changement non publié, n'admet pas la preuve contraire. La jurisprudence est aujourd'hui constante sur ce point (1). La Cour de cassation, dans l'arrêt de 1897 précité, applique même cette idée aux sociétés de fait et décide qu'il n'y a point de distinction à faire entre les sociétés

1. C. de Rennes, 9 mars 1869. D. 70. 2. 224. Req. 19 avril 1893. D. 93. 4. 317. C. de Rouen, 30 janvier 1895. J. S. 95. 318 et Cass., civ. 2 mars 1897. D. 98. 1. 58. En ce sens Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* II, n. 440. Pont, *Sociétés commerciales*, n. 1207 et 2014. Houpin, *Traité général des Sociétés*, n. 913. Boistel, *Droit commercial*, n. 539.

de fait et les sociétés régulières, les unes et les autres étant astreintes à la même publicité.

Cette jurisprudence aujourd'hui bien établie n'a pas toujours été admise. On trouve un certain nombre de décisions anciennes permettant de faire contre les tiers la preuve qu'ils n'avaient pas ignoré les changements non publiés (1). Aujourd'hui, comme le dit le conseiller rapporteur Denis dans l'arrêt de 1893 précité, la doctrine actuelle s'inspire de l'idée que le dessein évident du législateur, en prescrivant les publications et la nullité de l'acte à leur défaut à l'égard des tiers, a été de fermer la porte aux innombrables contestations, qui ne manqueraient pas de s'élever sur la connaissance ou l'ignorance de l'acte. C'est là en effet le rôle des présomptions légales. Nous verrons d'ailleurs par la suite bien d'autres exemples de cette tendance à l'établissement d'un nouveau formalisme inspiré par l'intérêt des tiers. La rapidité et la sécurité des transactions sont en

Rôle des présomptions légales.

1. C. de Dijon, 22 juillet 1835. D. J. G. V^o *Sociétés*, n. 969. C. de Paris, 1^{er} juin 1854. D. 56. 2. 230. Avant la loi de 1867, la publicité était réglée par l'art. 42 C. com. aujourd'hui abrogé. Cet article n'avait fait d'ailleurs que reproduire assez exactement les termes de l'ordonnance royale de mars 1673. L'art. 2 du titre IV de cette ordonnance édicte que « l'extrait des sociétés entre marchands et négociants sera enregistré au greffe de la juridiction consulaire... à peine de nullité des actes passés tant entre les associés qu'avec leurs créanciers et ayants-cause. »

effet intéressées au premier chef à ce que les tiers puissent traiter sur la foi des signes extérieurs en considérant comme réelle la situation juridique apparente de leurs co-contractants (1).

Comment doit se
faire la preuve du
dol.

Toutefois cette idée ne pénètre la jurisprudence qu'avec une lenteur extrême. Ainsi en matière de prospectus d'émission mensongers et frauduleux, une interprétation trop littérale de l'art. 1116 C. civ. a longtemps empêché les tribunaux (et à en croire une décision récente du Tribunal de la Seine les empêcherait encore) de s'engager dans cette voie. L'art. 1116 dit très exactement : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. — Il ne se présume pas et doit être prouvé ». On en concluait à la nécessité de faire, pour chaque actionnaire, la preuve individuelle et spéciale que sa souscription avait été déterminée en fait par les allégations mensongères des prospectus. Un jugement récent a décidé qu'en l'absence de toute manœuvre ayant un caractère personnel,

1. R. Worms : De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation. De la Grasserie : De la forme graphique de l'évolution. *Revue internationale de Sociologie*. Sept. 1895, p. 727.

le fait seul de la publication d'une circulaire contenant des allégations inexactes ne saurait être retenu comme une preuve suffisante de dol alors que le demandeur ne justifie pas du lien qui rattache sa souscription à cette publication (1).

Cette jurisprudence ne nous semble point fondée. En effet, une circulaire lancée dans le public n'est autre chose qu'une lettre adressée aux futurs souscripteurs de l'émission. Comment soutenir que la preuve complète du dol n'est pas faite quand il est prouvé que la circulaire a été répandue dans le public ? Exiger davantage revient à réclamer la preuve de l'état psychologique exact de celui qui souscrit. Comment discerner si dans l'ensemble de motifs qui l'ont déterminé, ceux résultant des allégations mensongères ont été prédominants et dans quelle mesure ils l'ont été ? Le souscripteur lui-même serait le plus souvent dans l'impossibilité d'en donner une analyse suffisante pour éclairer les juges. La preuve judiciaire ne peut donc être faite qu'au moyen de signes extérieurs et il n'y a entre les deux systèmes qu'une différence de degré. La preuve que le prospectus a reçu la pu-

Critique de la jurisprudence.

1. Trib. Seine, 3 août 1897. D. 98. 2. 52. En ce sens également, des arrêts plus anciens. Req. 14 juillet 1862. D. 62. 1. 429. Req. 1^{er} déc. 1869. D. 70. 1. 200.

blicité habituelle et que ses affirmations sont frauduleuses, nous paraît parfaitement suffisante pour établir l'influence du dol sur la convention incriminée. Comment en effet le public connaît-il l'émission sinon par les lettres, circulaires et prospectus dont il s'agit ? Supposons qu'au lieu d'être dans une circulaire, les allégations mensongères soient contenues dans une lettre adressée à une personne pour lui demander de l'argent. Soutiendra-t-on que la production de cette lettre en justice ne constituera pas une preuve suffisante du dol ? Supposons maintenant qu'au lieu d'une lettre manuscrite à un seul exemplaire, adressée à une seule personne, il s'agisse d'une lettre circulaire adressée à plusieurs personnes, la solution sera la même. Comment ne voit-on pas qu'elle ne doit pas changer s'il s'agit d'une circulaire imprimée et répandue dans le public à un nombre d'exemplaires aussi grand que l'on voudra ?

Ce système défectueux paraît avoir son origine dans la répugnance des juges à concevoir que dans les idées modernes, tout lien de droit ne se forme pas nécessairement entre deux personnes déterminées et qu'on peut s'engager d'avance envers des personnes incertaines. En pratique, cette jurisprudence basée sur une interprétation inexacte de l'art. 1116 C. civ., con-

duit à permettre aux financiers malhonnêtes d'insérer sans grand risque les promesses les plus mensongères dans leurs prospectus. Il y a même un arrêt de la Chambre des requêtes daté de 1862 (1) qui paraît légitimer des manœuvres dolosives de ce genre, ce qu'on ne saurait admettre. Cette décision ne peut se justifier par des considérations de fait qui rendaient la demande peu favorable en équité. Il faut, nous l'avons vu, considérer comme faisant preuve du dol, la production en justice de la publication mensongère. Quitte du reste à laisser à l'émetteur du prospectus la possibilité d'établir (par la preuve d'un autre fait extérieur) que son dol n'a pas eu d'influence déterminante sur la souscription. Par exemple, il pourra prouver par l'aveu même du demandeur que celui-ci connaissait la situation vraie et n'a acheté que pour

1. Req. 14 juillet 1862, D. 62. 1. 429, précité. Les considérants de cet arrêt sont conçus dans des termes peu acceptables dont voici un passage : « Considérant qu'il y a une différence notable entre les exagérations de leur valeur articulées avant la vente par le demandeur, d'une marchandise quelle qu'elle soit et les qualités réelles de la chose livrée au moment du contrat ; que la tromperie sur ce dernier point est toujours grave, car elle altère la convention elle-même, tandis que dans les faits qui la précèdent, l'acheteur sait qu'il doit se tenir en garde contre les prospectus, les annonces et les exagérations de valeur émanés du vendeur et *qu'il doit chercher ailleurs et dans un examen personnel* de l'objet vendu, les motifs déterminants de son achat. »

Revirement récent
de la jurispruden-
ce.

revendre dans un but de spéculation ; il pourra encore prouver que la publication du prospectus était postérieure à la souscription, etc.

Aussi faut-il souhaiter que la jurisprudence persiste dans la voie où elle est entrée depuis quelques années. Un arrêt de la cour de Paris daté de 1877 (1), rend directement responsable vis-à-vis des souscripteurs, et sans exiger de preuve plus directe, le banquier émetteur qui s'est rendu complice des affirmations mensongères du prospectus. La jurisprudence est maintenant fixée en ce sens et ne demande plus la preuve contre chaque actionnaire qu'il n'aurait pas souscrit sans les manœuvres dolosives La

1. C. de Paris, 22 mars 1877, D. 78. 2. 40 et 12 août 1879, D. 80. 2. 41 (même société). Req. 6 fév. 1893, D. 93. 4. 263. C. de Paris, 31 janv. 1895, pourvoi rejeté par la Ch. des req. le 31 mars 1896, D. 96. 1. 20. Voici un extrait intéressant de ce dernier arrêt de la Cour de Paris : « qu'on ne peut d'ailleurs méconnaître l'influence déterminante des prospectus sur les souscriptions ; qu'en effet le but des prospectus étant d'attirer les capitaux, on ne peut, *a priori*, les considérer comme indifférents à ce résultat lorsqu'il a été obtenu ; que quel que pût être le désir de spéculation ou les vaines espérances qui aient pu se greffer sur la souscription, c'est ce fait préjudiciable en lui-même qui est la conséquence directe des publications qui ont fait connaître l'émission au public au moyen d'affirmations inexactes de nature à illusionner sur l'état de l'entreprise, *quelles que fussent les connaissances financières des souscripteurs* ; qu'on ne peut donc nier la relation de cause à effet qui lie dans l'affaire les publications faites au préjudice causé. »

Cour de cassation considère à juste titre que cette tromperie résulte comme une conséquence légale des manœuvres constatées par les juges du fond. Ainsi qu'il résulte des arrêts cités ci-dessus, la Cour de Paris s'est rangée entièrement à cette manière de voir. Sa jurisprudence la plus récente s'engage très nettement vers ce formalisme moderne qui, pour faciliter aux tiers la preuve des faits invoqués par eux, se fonde uniquement sur l'apparence extérieure, *a priori*, d'une situation juridique. Et en effet les considérants rapportés en note paraissent aller jusqu'à refuser aux auteurs de la fraude la faculté de prouver que cette fraude n'a pas eu une influence déterminante sur la souscription, en montrant que les souscripteurs connaissaient la situation vraie et n'ont souscrit que dans un but de spéculation (arg. des mots : *quelles que fussent les connaissances financières des souscripteurs*).

Il est peut-être plus exact de dire que cet arrêt établit une simple présomption susceptible d'être combattue par la preuve contraire. En effet, en disant que le but des prospectus étant d'attirer les capitaux on ne saurait les considérer, *a priori*, comme indifférents à ce résultat. Les mots *a priori* semblent bien réserver la preuve contraire. La preuve contraire avait déjà été ad-

L'émission d'un prospectus frauduleux prouve le dol jusqu'à preuve contraire.

mise d'ailleurs par la Cour de Paris en 1892 (1).

Les procès relatifs aux spéculations de la Société des métaux ont contribué à fixer la jurisprudence sur ce point. Ainsi le Tribunal de la Seine (2) a rejeté comme dénuée de fondement la demande d'un actionnaire de cette société, parce qu'il était prouvé que cet actionnaire, spéculateur habituel, avait entendu non pas engager ses capitaux dans une société visiblement à la veille d'une catastrophe, mais exploiter le bas prix des cours en vue d'une pure spéculation de bourse et que cette intention était d'autant plus certaine qu'après la chute de la société, il avait acheté à nouveau cinquante actions au cours de 25 francs.

La date de l'opération est en effet généralement le signe extérieur d'après lequel les tribunaux apprécient le plus facilement la bonne foi des porteurs de titres. Ainsi ont pu être écartés sans indemnité, les acheteurs qui d'après la date

1. C. de Paris 10 mars 1892, J. S. 92. 345. Cet arrêt, tout en blâmant les procédés de réclame du directeur, déboute les demandeurs en dommages-intérêts, car ils étaient au courant de toutes les attaques et du procès dirigés contre le directeur et cependant avaient conservé toute leur confiance dans la société. Ils avaient même acheté de nouvelles polices d'assurances après le suicide du directeur. Il était donc prouvé que les achats faits par eux n'avaient pas été déterminés par les prospectus, annonces et autres publications frauduleuses du directeur.

2. Jugement du 6 mars 1895 J. S. 95. 360.

et les circonstances de la cause, n'ont acheté que pour spéculer (1).

Nous arrivons maintenant à l'élimination que fait la jurisprudence d'une autre catégorie de porteurs de titres, au point de vue de l'attribution des dommages-intérêts. Il s'agit des cessionnaires ultérieurs.

La jurisprudence actuelle décide qu'en matière de souscription surprise par dol, le droit à indemnité est distinct de l'action ou de l'obligation et ne peut être cédé que dans les formes prescrites par le droit commun pour le transport des créances ; qu'en l'absence d'une telle cession, il continue d'appartenir au souscripteur qui a vendu ses titres (2).

Ce système paraît peu en harmonie avec la nature des titres au porteur auxquels il s'applique. On le justifie en disant que l'action a sa cause juridique dans le contrat de société ; le droit à indemnité au contraire a sa source dans un délit. Mais ce raisonnement s'applique mal aux obligataires qui sont créanciers et non pas associés ; cependant la jurisprudence ne reconnaît pas aux acheteurs ultérieurs d'obligations le

Jurisprudence relative aux droits des cessionnaires ultérieurs.

1. C. de Paris 31 mai 1892 J. S. 92, 361. D. 1893. 2. 249.

2. C. de Paris, 28 juin 1870. D. 76, 1. 425. S. 74. 1. 97 ; Cass. 11 nov. 1873. D. 76, 1. 425. Trib. comm. Seine, 6 juin 1883, R. S. 83, 563. En ce sens Pont. *op. cit.* n. 1714.

droit d'exercer l'action en indemnité dont il s'agit (1). Ou plus exactement elle fixe d'une façon toute arbitraire une période pendant laquelle les mensonges contenus dans le prospectus sont censés avoir déterminé la souscription ou l'achat des titres, puis elle écarte les acheteurs ultérieurs en déclarant que le préjudice subi par eux ne se relie pas nécessairement à l'émission frauduleuse.

Critique du système de la jurisprudence.

Cette distinction est constante dans les arrêts, mais il est difficile d'y souscrire. L'action en indemnité contre l'auteur d'une fraude contractuelle est une garantie, un accessoire de la créance cédée puisqu'elle est née à l'occasion et comme conséquence de cette créance. Or d'après l'art. 1692 C. civ., la vente d'une créance comprend tous ses accessoires, tels que caution, privilège ou hypothèque. L'action en indemnité peut-être envisagée comme une sorte de cautionnement tacite et imposé par la loi à l'émetteur du titre en vertu du principe que nul ne peut s'exonérer des conséquences de son dol. Cet engagement tacite (conforme d'ailleurs à la vérité historique) (2) peut s'énoncer ainsi : « Si le

1. Cass., 18 mars 1891. D. 91. 1. 403.

2. Ce n'est autre chose que la *clausula doli* du droit romain aujourd'hui sous-entendue dans tous les contrats (art. 1135 C. civ.). Le créancier après avoir dit par exemple : *Spondesne mihi dare Stichum* ? ajoutait : « *dolum*

contenu de mon prospectus est frauduleusement inexact, je m'engage à payer une indemnité en réparation du préjudice causé. » Une indemnité à qui ? Evidemment au titulaire actuel des avantages représentés par le titre. Du reste n'est-ce pas pour garantir plus efficacement ces avantages que cette action est accordée. C'est donc incontestablement un avantage afférent à cette créance. La Cour de cassation admet qu'en matière de cession de droits incorporels, le cessionnaire est nanti par la cession de tous les avantages afférents à la créance cédée (1). La logique veut donc que l'acheteur succède également à l'action en indemnité.

La Cour suprême n'est pas allée jusque-là. Sa solution est basée sur cette ancienne distinction dont le mérite juridique est contestable, de la faute contractuelle et de la faute délictuelle. Nous venons de voir que cette solution n'est pas en harmonie avec les principes généraux en matière de cession de créances. Il semble que la jurisprudence éprouve les plus grandes hésitations à appliquer ces principes aux créances au porteur et ne puisse édifier la théorie de ces titres qu'avec difficulté.

Ajoutons que les exigences de la pratique ne

que malum huic rei promissionique abesse abfuturum-que esse ? (L. 119 et 121 pr. D. de verb. obl. XLV).

1. Req. 29 juin 1881. D. 1882. 4. 35.

sont pas mieux respectées que celles du droit, car le préjudice causé est indépendant de la personne du porteur du titre. Si on reconnaît que le nouveau cessionnaire achète en même temps un recours éventuel contre l'auteur du dol, le vendeur en profitera, puisque le prix de vente se rapprochera davantage du prix d'émission.

On objecte que l'acquéreur ultérieur n'a pas été trompé comme le souscripteur par le prospectus et qu'il a acheté à ses risques et périls. Mais il est impossible d'indiquer avec précision le moment où le prospectus cesse d'avoir un effet sur le crédit de la société émetteuse. Dira-t-on que celui qui achète un titre le lendemain même de l'émission n'a pas l'action en indemnité, que le prospectus ne s'adresse qu'aux seuls souscripteurs ? Mais en fait l'émission est fréquemment prise ferme par des banquiers qui ne l'écoulent que peu à peu dans le public. Que décider encore pour ceux qui ont acheté, à terme sur le marché, des titres qui faisaient prime avant la clôture ou même avant l'ouverture de la souscription et qui ont passé par un grand nombre de mains avant d'avoir été livrés effectivement ?

III

Évaluation du préjudice.

La source du préjudice causé aux tiers est quelquefois dans une distribution de dividendes fictifs, ce qui équivaut à un remboursement partiel du capital (art. 10 et 45 de la loi de 1867). Les créanciers sociaux ont droit, sous certaines conditions, au remboursement de ces dividendes, mais l'évaluation du préjudice n'offre de particularités que lorsqu'il s'agit de tiers porteurs d'actions ou d'obligations.

Evaluation du préjudice.

Ces tiers abusés, nous le supposons, sur la situation réelle de la société, soit par les affirmations mensongères des administrateurs dans leurs prospectus ou dans leurs rapports annuels publiés, soit encore par la distribution de dividendes fictifs, achètent les titres à un taux supérieur à leur valeur réelle. La Cour de Paris avait d'abord décidé que le remboursement intégral contre remise du titre aurait pour résultat de condamner l'auteur du dommage à une réparation dépassant le préjudice subi et que la réparation doit donc consister simplement dans le paiement de la différence entre le prix d'émission et le cours actuel (1). Cette doctrine était

1. C. de Paris, 1^{er} août 1868, D. 69. 2. 65. Arrêt infir-

Jurisprudence actuelle.

fort critiquée, car il n'apparaît point que la réparation dépasse le préjudice causé si l'actionnaire restitue le titre en échange du montant de sa souscription. Ce n'est pas réparer toutes les conséquences du dol que conserver au souscripteur sa qualité d'actionnaire et le laisser exposer à une nouvelle baisse, résultat non encore réalisé mais vraisemblable des manœuvres dolosives. Ce n'est pas l'indemniser complètement que laisser subsister le lien qui l'attache à la société. Aussi la Cour de Paris n'a-t-elle pas tardé à adopter la règle du remboursement du prix d'achat (après déduction des sommes versées comme dividendes et de l'intérêt de ces sommes depuis le jour du versement). La Cour de cassation a confirmé cette solution qui est admise maintenant sans difficulté (1).

Le titre est quelquefois remboursé partiellement.

Si l'achat a été déterminé par des manœuvres dolosives postérieures à l'émission, la solution est différente. La réparation due aux tiers acheteurs consiste simplement à rembourser non plus le prix d'émission mais la différence entre le prix d'achat et le cours actuel (2). Il ne nous semble pas cependant que la question doive être résolue autrement. Le tiers devenu actionnaire

mant le jugement du Tribunal de commerce dont il était fait appel.

1. Cass. 7 juillet 1872. D. 72. 1. 233.

2. C. de Paris 12 août 1879. D. 80. 2. 41.

ou obligataire, sur la foi de la prospérité apparente de la société, ne saurait être contraint ni à conserver cette qualité ni à chercher des acheteurs au prix fixé par le tribunal.

Alors même que la dépréciation des titres provient de la mauvaise gestion de la société, il peut arriver que la nature hasardeuse de ses opérations oblige tous les porteurs de titres, sans distinction, à courir les chances de la spéculation et à n'obtenir ensuite qu'une réparation partielle dont le quantum est réglé par le juge d'après les circonstances (1).

Il peut encore arriver que les actionnaires aient encouru une part de responsabilité plus grande encore en sanctionnant par leurs votes certaines des opérations dangereuses ayant contribué à la ruine de la société (V. arrêt précité).

IV

Prescription.

L'art. 64 C. comm. établit une prescription de cinq ans pour les actions exercées par les

La prescription quinquennale s'applique-t-elle aux associés à responsabilité limitée ?

1. Trib. comm. Seine 27 mai 1895. J. S. 95. 362 et C. de Paris 28 juin 1894. J. S. 94. 45. D. 95. 2. 523. Le premier jugement, relatif à la Société des métaux, constate que la spéculation n'était pas interdite dans les statuts, que la presse discutait passionnément ces spéculations, etc. Cela était notoire et l'ac-

créanciers sociaux contre les associés ou leurs ayants-cause. Il y a controverse sur le point de savoir si cette disposition s'applique aux associés à responsabilité limitée, c'est-à-dire aux commanditaires dans les commandites et aux actionnaires dans les sociétés par actions.

Une jurisprudence constante, approuvée par de nombreux auteurs, décide que l'art. 64 C. comm. leur est applicable par la raison que le texte ne distingue pas et vise formellement toutes les actions contre les associés non liquidateurs (1). En outre, dit-on, l'art. 52 de la loi de 1867 applique précisément cette idée en restreignant à cinq ans la durée des actions contre les anciens associés des sociétés à capital variable, sans faire de différence pour celles

tionnaire nouveau ne pouvait pas un instant, dit le jugement, imaginer qu'il constituait un placement de père de famille. Les dommages-intérêts furent dans ce cas particulier fixés au tiers de la perte subie, c'est-à-dire au tiers de la somme décaissée pour l'achat des titres.

1. Cass., 9 février 1864. D. 64. 1. 137. Req. 24 janv. 1894. D. 94. 1. 519. En ce sens Pont, *op. cit.* n. 2007. Boistel, *op. cit.* p. 265. Alauzet, *Commentaire des soc. commerciales*, 3^e éd. II, n. 629. Vavasseur, *Traité des soc. civ. et commerciales*, 4^e éd. I, n. 255. Bédarride, *Des Sociétés*, 2^e éd. III, n. 659. Dalloz Rép. V^o *Sociétés*, n. 1439. En sens contraire Bravard et Demangeat, *Traité de droit commercial*, 2^e éd. I, p. 456 et Lyon-Caen et Renault, II, n. 545, 911 et 1028. Ces derniers auteurs blâment la solution qu'ils croient devoir adopter (V. n. 911 bis).

qui sont par actions. Il y a là en effet une sorte de dissolution pour l'associé se retirant et on comprend que la loi de 1867 ait appliqué ici le principe posé par l'art. 64 C. comm. De plus, les travaux préparatoires de la loi de 1867 sont en ce sens.

L'opinion adverse affirme au contraire que l'intention du législateur a été d'adoucir les effets rigoureux de l'obligation personnelle et solidaire, ce qui exclut les associés à responsabilité limitée. En outre il y aurait, paraît-il, contradiction dans notre législation, si elle admettait la prescription quinquennale en faveur des associés à responsabilité limitée alors qu'elle conserve la prescription trentenaire pour les sociétés civiles où les associés sont tenus, sinon solidairement, au moins sur tous leurs biens.

L'argument tiré de l'intention du législateur, telle qu'elle résulte des travaux préparatoires du Code de commerce, n'aurait de valeur que si le texte de l'art. 64 était obscur. Mais il ne l'est pas et à supposer que la distinction qu'on veut introduire ait existé dans la discussion, elle n'existe pas dans l'article dont il s'agit.

L'argument relatif aux sociétés civiles tombe également si l'on considère qu'en matière commerciale, les courtes prescriptions sont une nécessité pratique. Que la disposition de l'art.

64 soit beaucoup plus utile aux associés tenus personnellement et solidairement, c'est en effet incontestable, mais il ne s'ensuit nullement qu'elle ne soit pas justifiée pour les autres associés. La prescription trentenaire prolongerait les responsabilités au détriment du crédit général, car la pratique commerciale répugne aux situations incertaines qui se prolongent. La célérité et la vigilance des créanciers sont infiniment plus nécessaires ici qu'en matière civile. Ajoutons qu'elles sont aussi plus faciles à obtenir des gens d'affaires.

CHAPITRE III

RESPONSABILITÉ DES AGENTS D'UNE SOCIÉTÉ ANONYME

I

Agents responsables de la gestion

Les agents dont nous allons nous occuper sont les directeurs et administrateurs auxquels les actionnaires confient la gestion, ainsi que les commissaires des comptes auxquels ils confient le contrôle de cette gestion. Fréquemment un directeur ou un administrateur cumule le mandat donné par les actionnaires avec le mandat que lui confère le conseil d'administration de le remplacer dans les actes de gestion ordinaire (administrateurs-délégués, V. Loi de 1867, art. 22).

Qui est agent responsable ?

Ecartant la responsabilité des administrateurs vis-à-vis de leurs mandants qui est en dehors de notre sujet, arrivons à leur responsabilité vis-à-vis des tiers. L'art. 44 de la loi de 1867 la prévoit formellement pour les administrateurs (1). Mais

1. Cet article est ainsi conçu : les administrateurs sont responsables conformément aux règles du droit commun, indi-

il faut admettre d'après les principes généraux qu'elle existe également et malgré le silence de la loi pour les censeurs ou les commissaires de surveillance. Les tiers peuvent en effet, invoquer contre eux les art. 1382 et 1383 C. civ. (1).

II

Nature de la responsabilité

Nature de la responsabilité tantôt individuelle tantôt solidaire.

La nature de la responsabilité encourue envers les tiers peut être individuelle ou solidaire. Aux termes d'une jurisprudence constante, les auteurs d'un même délit ou quasi-délit sont tenus chacun pour le tout de réparer le préjudice causé par le délit, chaque fois qu'il est impossible de diviser la part de responsabilité revenant à chacun (2).

En tant qu'elle s'applique aux co-mandataires, cette solution est en contradiction apparente avec l'art. 1202 C. civ. d'après lequel la solidarité ne se présume point et doit être expressément sti-

viduellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs. »

1. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* n. 841.

2. C. de Lyon, 24 juin 1871. D. 71. 2. 188. Cass., 15 janv. 1878. D. 78. 1. 152. S. 78. 1. 293.

pulée sauf dans les cas où elle a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi. Mais l'art. 1202 exclut simplement la solidarité des co mandataires à raison des fautes de gestion d'un de leurs collègues. Une pareille solidarité était en effet, admise en droit romain et dans notre ancien droit. Par dérogation à l'art. 1202 C. civ., l'art. 26 de la loi de 1867 (1) rétablit cette solidarité ancienne, mais incomplètement, et jusqu'à concurrence du nombre d'actions déposées seulement. L'art. 26 a donc fait un retour partiel à l'idée de l'extension des responsabilités en matière de mandat, extension que nous avons déjà signalée à plusieurs reprises.

Solidarité réelle
des administra-
teurs.

On a objecté à l'art. 26 que les administrateurs solvables et innocents payent ainsi pour ceux qui sont insolvables et coupables (2), que cependant ils sont en principe étrangers à leur nomination, que peut-être certains d'entre eux s'étaient opposés aux mesures votées par la

1. « Les administrateurs doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts. — Ces actions sont affectées en totalité à la garantie de tous les actes de la gestion même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs. — Elles sont nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale. »

2. De Courcy. *Les sociétés anonymes*, p. 93 et 55 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* n. 826. Pont, *op. cit.* n. 1621. Houpin, *op. cit.* I. p. 516.

majorité du conseil d'administration. Ces critiques paraissent fondées et la tendance de la pratique est de réduire le plus possible le nombre d'actions déposées de façon à rendre l'art. 26 à peu près inoffensif.

Solidarité personnelle des administrateurs.

Fautes commises pendant la gestion.

Devoir de surveillance mutuelle des administrateurs.

Le droit commun offre, en effet, le moyen de solidariser les administrateurs dans toute la mesure légitime. L'art. 44 de la loi en donne un exemple en visant la responsabilité encourue par les administrateurs qui ont laissé distribuer sans opposition des dividendes fictifs. En effet, le fait d'avoir laissé un collègue commettre des fautes de gestion, constitue généralement une faute personnelle dont ils sont responsables. Si des tiers sont induits à acheter des actions sur la foi des dividendes distribués, ils ont une action solidaire contre tous les administrateurs.

D'ailleurs, il ne suffirait pas à un ou plusieurs de ceux-ci de prouver qu'ils sont restés étrangers à la distribution des dividendes fictifs, il leur faudrait encore établir qu'aucun défaut de surveillance ne peut leur être imputé, par exemple, parce qu'à l'époque de cette distribution, ils étaient en résidence régulière dans une autre ville où ils remplissaient une mission pour le compte de la société (1).

1. C. de Lyon, 17 août 1863. D. 66. 4. 194. Il est intéressant de remarquer que cet arrêt est antérieur à la loi de 1867.

La pratique montre d'autant plus de tendances à élargir ce devoir de surveillance mutuelle entre les administrateurs, qu'en fait les actionnaires nomment le plus souvent les administrateurs qui leur sont présentés par le conseil d'administration.

Ces tendances expliquent facilement qu'un usage constant déroge à l'art. 1857 C. civ. En vertu de cet article, chaque associé peut, en principe, faire séparément tous les actes d'administration. C'est ce qui a lieu dans les sociétés en nom collectif et en commandite. Mais il en est autrement dans les sociétés anonymes et à moins de stipulation contraire, les décisions du conseil d'administration y sont prises à la majorité des voix.

Le devoir de surveillance incombant aux administrateurs doit être rempli par eux avec une grande diligence. Ils ne sont pas même admis à dégager leur responsabilité en alléguant leur absence ; à moins toutefois que cette absence n'ait eu pour cause une mission pour le compte de la société. Même dans ce dernier cas, l'administrateur est déclaré responsable des fautes commises, s'il est établi que, malgré son absence, il s'est constamment tenu au courant des opérations de la société soit par exemple au moyen de sa correspondance avec le directeur,

ou d'un journal publié par la société. Les administrateurs sont tenus, en effet, d'après leurs devoirs généraux, de contrôler les actes du directeur ou administrateur-délégué. Si par exemple, ils l'ont chargé d'aliéner certains titres dans un but déterminé, ils seront tenus de se préoccuper de l'emploi du prix selon leurs instructions. Leur défiance s'impose au regard de ceux dont ils ont mission de contrôler les actes et elle s'impose d'autant plus que leur situation sociale propre, leur expérience des affaires et leur honorabilité peuvent inspirer à leurs mandants et aux tiers une sécurité plus complète (1).

L'impossibilité pratique de distribuer les parts de responsabilité est quelquefois cependant le seul fondement des décisions de la jurisprudence à l'exclusion de toute idée de surveillance mutuelle obligatoire.

Fautes commises
après la gestion.

La Cour de cassation a même jugé que la solidarité peut être encourue pour des fautes commises après la cessation des fonctions de certains administrateurs, à la condition, d'une part, qu'il y ait faute commune et impossibilité de diviser les responsabilités et, d'autre part, qu'il existe entre les fautes commises par les premiers et les derniers administrateurs, un enchaînement

1. Trib. de la Seine, 4 juillet 1890, J. S. 92. 291 et sur appel : C. de Paris, 10 mars 1892, J. S. 92. 344.

tel qu'on n'en puisse séparer les conséquences (1).

Il en est de même si la question s'élève à propos de fautes commises avant l'entrée en gestion. Ainsi le fait de publications inexactes (apports majorés, faux bilans, amortissements insuffisants) peut avoir pour effet d'attirer des souscriptions en trompant les tiers sur la prospérité et le crédit d'une société. La responsabilité des administrateurs ne disparaît pas devant cette circonstance que les publications inexactes n'auraient été faites qu'en exécution de décisions prises avant l'entrée des administrateurs qui y auraient participé.

Fautes commises
avant la gestion.

La responsabilité des administrateurs naît bien en effet au moment de leur entrée en fonctions, mais en consentant après leur installation à la publication sous le couvert de leurs noms de circulaires et de prospectus d'émission annonçant une situation comme prospère, ils donnent crédit à cette affirmation et en assument la responsabilité. L'ignorance de la situation vraie déceale une négligence qu'ils ne peuvent invoquer à leur décharge. Il y a là un ensemble de fautes s'enchaînant les unes les autres dont le résultat est alors indivisible. Tous les administrateurs, les premiers comme les derniers, ont contribué,

1. Civ. 5 mai 1896. D. 97. 4. 20. Req., 31 mars 1896. D. 97. 4. 24.

sans qu'il soit possible de déterminer la part de chacun d'eux, à amener le fait dommageable, la souscription (1).

Au contraire, la solidarité n'est plus applicable lorsqu'il s'agit de faits successifs où la responsabilité de chacun peut être déterminée (2). En dernière analyse, la base juridique de la solidarité repose sur la difficulté de la preuve, c'est-à-dire sur l'impossibilité pratique de discerner la proportion exacte du préjudice imputable à la faute personnelle de chaque partie poursuivie.

III

Causes de la responsabilité

Causes de la responsabilité.

Des actes accomplis par les administrateurs dans la limite de leurs pouvoirs engagent leur responsabilité vis-à-vis des tiers lorsqu'ils constituent des fautes graves, volontaires ou non. *Culpa lata pro dolo habetur*. Ainsi la nomination d'un administrateur-délégué ou d'un employé notoirement incapable ou malhonnête

1. Req. 31 mars 1896. D. 97. 1. 424.

2. C. de Bourges 16 mai 1870. D. 71. 2. 98 ; C. d'Orléans, 4 juin 1892. D. 96. 2. 464.

peut être l'occasion d'un préjudice dont les tiers seront fondés à exiger réparation. Toutefois, en dehors d'une faute commise dans le choix de la personne, les administrateurs sont simplement tenus d'apporter une diligence raisonnable dans la surveillance de leur collègue ou de leur préposé. Ainsi il a été jugé que si un directeur-gérant a omis de retrancher du compte des débiteurs ceux qui sont douteux ou insolvable, les autres administrateurs ne sont point responsables, s'il n'appert point qu'ils en aient eu connaissance et que la recherche des solvabilités ait été comprise dans leur mandat (1). C'est là surtout une question d'appréciation pour les tribunaux.

Avant un arrêt rendu en 1867 par la Cour de Colmar (2), la jurisprudence n'admettait pas que les administrateurs pussent encourir de responsabilité personnelle à raison d'actes commis par eux dans les limites de leur mandat.

Jurisprudence antérieure à 1867.

On se basait sur l'art. 32 C. comm. aux termes duquel les administrateurs ne sont respon-

1. Cass. 11 juillet 1870. D. 70. 1. 139 ; C. de Besançon 17 mars 1897. *Gaz. Pal.* 97. 750. Dans cette affaire la bonne foi des administrateurs avait été surprise par de fausses traites et de faux récépissés-warrants créés par le directeur. Rien dans les écritures ne pouvait les mettre sur la trace de la fraude pratiquée par ce dernier.

2. C. de Colmar, 3 juillet 1867. D. 67. 2. 235.

sables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et ne contractent à raison de leur gestion aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société. Il s'ensuivait qu'une condamnation ne pouvait être prononcée contre eux qu'en leur nom qualifié (1).

Jurisprudence postérieure à 1867.

A vrai dire, le changement de jurisprudence de 1867 fut alors motivé d'une façon juridique-ment peu exacte. Suivant l'arrêt de Colmar dont il s'agit, l'organisation des sociétés anonymes alors régie par des statuts sanctionnés par l'autorité publique avait pour but, non seulement l'intérêt des associés, mais aussi et plus particulièrement l'intérêt public, c'est-à-dire la protection des tiers. Les administrateurs des sociétés n'étaient pas des mandataires dans les conditions ordinaires du mandat, n'ayant à se préoccuper que des intérêts des actionnaires qui les ont nommés, n'ayant à répondre qu'à ceux-ci seuls de l'exécution du mandat. En acceptant les fonctions d'administrateur d'une société anonyme, ils assumaient l'obligation de gérer et de surveiller dans l'intérêt des tiers comme dans celui de la société.

En réalité ce n'est pas l'autorisation gouvernementale (qui devait d'ailleurs disparaître quelques jours après l'arrêt de Colmar), qui est la

1. C. d'Orléans 20 juillet 1853. D. 54. 2. 30.

source de cette responsabilité, ce sont les articles 1382 et 1383 C. civ. Ces articles, d'une part interdisent sans aucun doute au mandataire d'exciper de sa qualité pour échapper à toute responsabilité personnelle et d'autre part donnent aux tiers le droit de compter sur l'exécution du mandat dans la mesure où il est rendu public. Les besoins de la pratique et notamment l'intérêt du crédit des sociétés avaient amené cette nouvelle extension de la responsabilité du mandataire, conforme d'ailleurs aux principes juridiques. Elle fut donc maintenue après la suppression de l'autorisation gouvernementale (1).

Base juridique de la responsabilité des administrateurs envers les tiers.

Une application plus juridique de l'art. 1383 motiva bientôt la distinction suivante restée étrangère à l'arrêt de Colmar : la responsabilité de l'administrateur disparaît quand il a commis un des excès de pouvoirs que les actionnaires ont le droit de ratifier et qu'ils ratifient. Elle subsiste dans le cas contraire. Ainsi, là où la seule irrégularité consiste dans le défaut d'autorisation des actionnaires, elle se couvre par un vote donnant cette autorisation après coup. La société mandante se reconnaissant valablement engagée, le mandataire se trouve déchargé. Mais si l'irrégularité a une autre source,

1. C. de Paris 4^{er} août 1868, D. 69. 2. 68.

si elle consiste dans un quasi-délit quelconque ou dans une violation des statuts autre que le défaut d'autorisation, alors la nullité ne peut être couverte et l'administrateur est responsable en vertu des art. 1382 ou 1383 C. civ.

Si l'administrateur est resté dans les limites de ses pouvoirs et n'y a commis aucune faute personnelle, il est entièrement couvert par ses mandants. Par exemple il a été jugé qu'un traité de cession d'une ligne ferrée discuté et voté par les actionnaires est l'œuvre personnelle et exclusive de ceux-ci et non un fait dont les administrateurs ayant négocié le traité doivent répondre envers les tiers (1).

Banquiers émet-
teurs, syndicats.

Il arrive fréquemment qu'une société désirant faire une émission, cherche un appui financier au dehors et s'adresse soit à une banque soit à un syndicat de garantie spécialement constitué. Quelle est vis-à-vis du public, la responsabilité de ces mandataires de la société ? Ils sont certainement responsables des fautes commises dans l'exécution de leur mandat. Mais leur rôle cessant après l'émission, l'inexécution des engagements pris par la société ne peut leur être opposée. En souscrivant par l'intermédiaire d'un banquier émetteur, les souscripteurs ont entendu traiter avec la société et non avec le

1. C. de Rouen 30 juin 1890. J. S. 91. 463.

banquier ; la société a entendu leur emprunter ou se les associer. Le banquier est bien responsable des affirmations mensongères des prospectus répandus par lui, mais il n'est garant que de l'existence et non de la réalisation ou de l'efficacité de ces engagements (1).

Quant au syndicat de garantie, les tiers ne peuvent en invoquer l'existence pour poursuivre les syndicataires en cette qualité, car ces conventions inconnus des tiers souscripteurs, ne peuvent leur profiter pas plus qu'elles ne peuvent préjudicier à leurs droits (V. jugement et arrêt précité). C'est donc la situation apparente des parties et non leur situation réelle qui délimite leur responsabilité vis-à-vis des tiers. Il est donc sans intérêt, au point de vue de cette responsabilité, de rechercher si c'est dans l'intérêt de la société ou dans un intérêt personnel qu'une irrégularité de ce genre a été commise.

IV

Causes de la responsabilité (suite)

Quand un administrateur ou un conseil d'administration excède ses pouvoirs statutaires, sa

Actes irréguliers
en dehors des pou-
voirs.

1. Trib. Seine, 6 juil. 1892, J. S. 94. 102 confirmé sur appel par arrêt du 12 décembre 1893, D. 96. 2. 481 et la note de M. Pic.

responsabilité se trouve directement engagée à l'égard des tiers, à moins comme nous l'avons vu, que l'irrégularité consiste dans le défaut d'autorisation des actionnaires et que cette autorisation soit donnée après coup.

C'est là une hypothèse très pratique, car il arrive souvent que dans des cas urgents, le temps fait défaut pour convoquer une assemblée générale et obtenir, par exemple, l'autorisation de faire un emprunt. Le directeur prend sur lui de se passer de l'autorisation nécessaire, quitte à l'obtenir ensuite en montrant qu'il a agi conformément aux intérêts de la société.

Limites des pouvoirs généraux des administrateurs.

Cette question fait d'ailleurs partie d'une autre plus générale, à savoir : quels sont les pouvoirs des gérants directeurs et administrateurs de sociétés ? Cette question est peu susceptible d'une réponse précise. Dans le silence des statuts, il faut s'attacher à l'objet de la société, autoriser tout ce qui rentre dans les actes d'administration et interdire ce qui est acte de disposition (1). Toute extension de pouvoirs à un acte de disposition doit être interprétée étroitement. Ainsi il a été décidé que dans le silence des statuts, les administrateurs n'ont pas le droit d'emprunter, même lorsque les statuts leur

1. Houpin *op. cit.* nos 172 et 696. Pont *op. cit.* n. 1629.

confèrent le pouvoir d'aliéner et d'hypothéquer (1).

Inversement, le pouvoir d'emprunter n'emporte pas celui d'hypothéquer, car les articles 1988 et 2124 C. civ. interdisent aux administrateurs les emprunts hypothécaires à moins que les statuts ne leur donnent expressément le droit d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles. Et cela alors même que les statuts leur conféreraient les pouvoirs les plus étendus de gestion et d'administration et que l'hypothèque ne serait consentie en fait que pour se procurer les fonds nécessaires à la gestion courante de la société (2). Des obligations émises en vertu du vote extrastatutaire du conseil d'administration sont donc nulles et les dommages-intérêts sont supportés par les membres du conseil (3).

1. Trib. Seine, 2 janv. 1886. R. S. 86. 173.

2. C. de Paris, 5 juillet 1877, D. 77. 2. 169, C. de Lyon 22 déc. 1888, J. S. 89. 349.

3. C. de Bordeaux, 6 août 1853. S. 53. II. 717. ; Cass., 22 janv. 1867. S. 67. 1. 424 C. d'Alger, 18 mai 1863. D. 63. 5. 353. S. 63. 2. 156. Cet arrêt s'exprime de la façon suivante en termes qui, aujourd'hui, paraissent un peu trop absolus « Il est de principe en matière de délégation ou de mandat que tout acte accompli en dehors des pouvoirs conférés est radicalement nul et ne saurait produire aucun effet ; ...cela découle de la nature même des choses.....
...le fait seul qu'il existe des statuts emporte ainsi preuve qu'il y a restriction et par conséquence absence de mandat général et absolu.... » Nous verrons que, d'après la

Cette solution doit-elle s'appliquer à tous les emprunts sans distinction ? Notamment le directeur d'une société peut-il emprunter pour les besoins courants de la gestion ? La question est controversée (1). Il est sans difficulté qu'il peut faire les opérations rentrant dans l'objet de la société et qui constituent des emprunts, acheter des marchandises à crédit, émettre des billets à ordre et des lettres de change, etc.

De même, le directeur d'une banque peut faire toutes les opérations de banque, escompte, dépôts de fonds, prêts et emprunts sur titres en report ou autrement sur warrants, sur connaissements et lettres de voiture, participations financières et industrielles, etc. Pareillement le directeur d'une société pour l'achat et la revente des terrains a qualité en principe, pour acheter et vendre les immeubles rentrant dans l'objet de la société. Sa responsabilité envers les tiers ne se trouverait engagée que si, par exemple, il faisait des opérations dans une autre région que celle prévue par les associés. Il en est de même pour une transaction ou un compromis qui n'engageraient la responsabilité des administrateurs que s'il s'agissait d'intérêts dont ils n'ont pas la libre disposition.

jurisprudence, la société n'est tenue que dans la mesure de son enrichissement.

1. Dalloz. J. G. V^o Sociétés n. 480 et ss. et 1526. et ss.

En résumé, il faut adopter, malgré quelques décisions dissidentes au moins en apparence (1), la distinction entre les actes d'administration et ceux de disposition.

La responsabilité des commissaires des comptes ou des censeurs repose sur les mêmes principes et elle ne diffère de celle des administrateurs que dans la mesure où leur mission est différente. Envers la société d'ailleurs, ce sont également les règles du mandat qui la déterminent (Loi de 1867, art. 43).

Commissaires des
comptes, censeurs.

Les tiers doivent donc s'informer de l'étendue du mandat conféré par les statuts. En principe, la mission des commissaires est de faire un rapport sur le bilan et les comptes présentés par les administrateurs, mais ils n'ont pas à s'immiscer dans la gestion, ni à rechercher les causes ou la validité des obligations souscrites par les administrateurs et qui ont donné lieu aux versements

1. Aux termes d'un arrêt de la C. de Douai du 13 mai 1844, D. 45. 2. 10, le pouvoir d'administrer n'emporte pas, en thèse générale, celui d'emprunter. De même, un jugement du Tribunal de commerce de Bordeaux du 18 avril 1853, confirmé sur appel, (D. 54. 2. 14) décide que « le directeur n'est qu'un agent révocable, privé de toute initiative propre en dehors de certains cas prévus et de peu d'importance, chargé seulement de faire exécuter les décisions du conseil d'administration. » Toutefois ces considérants s'expliquent par la nature très restrictive des statuts en question dans l'espèce.

portés au bilan (1). Si dans certaines sociétés, ils assistent aux séances du conseil, ce n'est qu'avec voix consultative seulement et pour s'assurer de l'observation des statuts. On ne saurait exiger d'eux la surveillance des détails journaliers ni les rendre responsables des fautes commises dans la gestion, à moins qu'ils n'aient omis de les signaler par légèreté ou incurie (2). Ils doivent, en conséquence, non pas approuver aveuglément les affirmations des directeurs et administrateurs, mais contrôler soigneusement l'exactitude des dividendes déclarés et vérifier les livres, le portefeuille et la caisse (3).

1. C. de Paris, 1^{er} juin 1889, R. S. 89. 573.

2. C. de Lyon, 12 août 1884, R. S. 85. 166.

3. Req., 28 mai 1889, D. 90. 1. 414.

CHAPITRE IV

RESPONSABILITÉ DES ACTIONNAIRES

I

Nature de la responsabilité

La responsabilité des actionnaires a deux causes possibles. D'une part, ils peuvent être tenus en qualité de mandants de leurs administrateurs et autres préposés et d'autre part, personnellement à raison de fautes commises par eux-mêmes. Il en est de même pour les conseils d'administration qui, d'une part, délèguent partie de leurs pouvoirs à l'un d'entre eux et, d'autre part, prennent des décisions propres.

Double origine de la responsabilité des actionnaires.

De toute façon, cette responsabilité est en principe collective et s'étend à tous les mandants ; car la dation d'un mandat, comme toute autre décision d'une assemblée d'actionnaires ou d'un conseil d'administration exprime la volonté d'une majorité et il est nécessaire que la minorité soit également liée par cette volonté contraire à la sienne et qu'elle en supporte les

Collective en principe.

La majorité ne peut violer les statuts.

conséquences au moins jusqu'à concurrence de sa part dans l'actif social et pourvu que le vote ne soit pas en violation des statuts. Si par exemple les actionnaires ont ratifié un excès de pouvoir commis par les administrateurs et qui d'après les statuts ne pouvait pas être valablement ratifié par la majorité des actionnaires, la société ne saurait être tenue vis-à-vis des tiers et la nullité de ces actes serait à bon droit demandée soit par des actionnaires ne les ayant pas votés ou en cas de faillite par le syndic représentant la société, être moral dont la volonté n'a pas été valablement exprimée par une majorité qui prenait des décisions antistatutaires.

Ainsi une société concessionnaire d'un réseau de tramways ne peut approuver un traité par lequel elle en céderait l'exploitation à une autre société (1). Un pareil traité constitue non seulement la cession du droit d'exploitation, élément essentiel de la concession, mais il établit en outre entre les deux sociétés une fusion des intérêts sociaux. Or, d'après l'art. 31 de la loi de 1867, les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts, ou sur des propositions soit de continuation de la société au delà du terme statutaire soit de dissolution avant ce terme, ne

1. C. de Paris, 19 juin 1885, D. 86. 2. 18.

délibèrent valablement, que si la moitié au moins du capital social y est représentée. Le traité n'est donc valable et la minorité n'est tenue de l'accepter que si cette disposition a été observée. En entrant dans la société, chaque actionnaire n'a consenti à abdiquer sa personnalité que sous la condition formelle du respect de la loi et des statuts qui sont la loi des parties.

Du reste, il arrive fréquemment que les statuts renchérissent sur l'art. 31 de la loi et exigent une majorité spéciale des deux tiers ou des trois quarts pour certains actes particulièrement graves tels que la liquidation, la fusion avec une autre société, etc. Avec l'art. 31, il peut arriver en effet que la dissolution ou la transformation d'une société soit votée par des actionnaires représentant seulement le quart du capital.

Nous pensons même qu'il faudrait aller plus loin et interdire à toute majorité, même composée selon l'art. 31, de voter des modifications aux statuts telles qu'elles n'ont pas été prévues lors de la constitution de la société. Pour des modifications de ce genre, l'unanimité paraît nécessaire. Malheureusement il est avéré que les minorités d'actionnaires ne savent pas faire respecter leurs droits. Il se trouve presque toujours une majorité docile aux propositions des administrateurs pour approuver les initiatives les

Modifications et extensions arbitraires de l'objet des sociétés.

plus étrangères à l'objet primitif de la société. L'unanimité serait donc en tout cas nécessaire pour sanctionner ces dérogations fondamentales au contrat de société. Telle grande société de mines de charbon a peu à peu, et sous des prétextes divers, adjoint à son exploitation les industries les plus diverses, verrerie, tissages, vannerie, etc. Il en résulte un véritable éparpillement de l'activité sociale. Le jour où l'entreprise cesserait d'être dirigée par des hommes d'une activité et d'une intelligence exceptionnelles, de très grosses pertes pourraient se produire.

Un nombre considérable de sociétés commerciales, industrielles et financières ont été ruinées par des extensions imprévues de leurs opérations à des branches nouvelles. Les tiers qui avaient fait crédit à une société à l'époque où elle se restreignait dans son objet, ont vu leur gage disparaître dans des opérations aussi aventureuses qu'inattendues (1). Ajoutons que les industries ainsi créées peuvent venir faire concurrence à celles exercées par certains actionnaires. Ces derniers se trouvent ainsi con-

1. V. à ce sujet une étude d'Herbert Spencer intitulée : *Railway morals and railway policy* (Essays, t. III, p. 32). Publiée originairement dans la *Revue* d'Edimbourg, octobre 1854.

traints de fournir les capitaux qui servent à les ruiner ; ce qu'ils n'avaient sans doute pas prévu en s'associant.

Il est certain que les actionnaires absents au moment du vote ainsi que ceux qui se sont opposés à ces extensions sans d'ailleurs y réussir, ne peuvent pas soustraire leur part dans l'actif social aux poursuites des créanciers sociaux, car ils ont gardé néanmoins leur qualité d'associés. Toutefois ils pourraient, croyons-nous, exercer dans la mesure de leur intérêt social un recours en garantie contre les administrateurs et les membres de la majorité jusqu'à concurrence du préjudice éprouvé et notamment jusqu'à concurrence des dommages-intérêts payés aux tiers sur l'actif social. Et si l'actif social était insuffisant pour rembourser les créanciers sociaux, il faut admettre que des condamnations pourraient être prononcées non-seulement contre les administrateurs, mais aussi contre les actionnaires reconnus membres de la majorité ayant approuvé ou même ordonné les opérations antistatutaires. Ces condamnations seraient en général solidaires car on manquerait le plus souvent de base pour les diviser.

Responsabilités
ainsi encourues.

Solidarité.

La question de la responsabilité solidaire a du reste déjà été examinée à propos des admi-

nistrateurs et doit être résolue ici suivant les mêmes principes, c'est-à-dire qu'une faute commune et indivisible est nécessaire pour que les tribunaux prononcent la solidarité. Ainsi l'annulation d'une société anonyme ne la ferait assimiler à une société en nom collectif que si les tiers avaient pu être trompés par les agissements des associés et s'ils n'avaient pu ainsi penser avoir affaire à des associés en nom collectif (c'est-à-dire indéfiniment responsables et solidaires) (1).

De même encore si les statuts interdisent à tout agent de la compagnie de contracter un emprunt quelconque au nom de la compagnie ou même d'accepter une simple traite sans une autorisation spéciale et préalable des actionnaires, une condamnation solidaire sera prononcée contre les membres du conseil d'administration qui auraient connu et toléré, de la part du directeur-gérant leur mandataire, une circulation d'effets au delà des limites révélées aux actionnaires (2).

Restitution des dividendes fictifs.

Il en est de même en matière de restitution de dividendes fictifs. Il est sans difficulté que la solidarité doit être prononcée contre les ad-

1. Jugement du Trib. comm. de Toulouse, confirmé sur appel 24 avril 1891, J. S. 92. 66.

2. C. de Paris, 30 juillet 1867, D. 67. 2. 240.

administrateurs et les commissaires de surveillance responsables envers les tiers du montant du dividende indûment versé. Elle peut l'être également envers les actionnaires, nonobstant les articles 10 et 45 de la loi de 1867, lesquels décident qu'aucune répétition de dividende ne peut être exercée contre les actionnaires si ce n'est dans le cas où la distribution a été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire. L'art. 10 est absolu et ne fait aucune distinction entre les actionnaires au sujet de ceux qui auraient été complices de la fraude.

Mais ici les actionnaires restent relativement à l'abri comme tels (1), on peut les atteindre au moyen de l'art. 1382 C. civ. Les créanciers sociaux peuvent leur réclamer solidairement, non pas le dividende, ce qui serait contraire à l'art. 10, mais une somme égale au préjudice causé. Ils n'échapperont donc pas aux conséquences de leur fraude, car le préjudice dont ils sont tenus peut dépasser de beaucoup le dividende reçu par eux, puisque certains de leurs co-

Application de
l'art. 4382 C. civ.

1. Il a été jugé que la distribution de dividendes fictifs ne peut donner lieu à une répétition, même au cas où le bilan aurait été rectifié par les actionnaires eux mêmes, après la distribution. Cette répétition ne peut avoir lieu que dans les termes limitatifs de l'art. 10. V. arrêt de la C. de Paris du 20 janvier 1888, D. 89. 2. 265 et la note de M. Boistel.

actionnaires peuvent être devenus insolvables. La difficulté de prouver la fraude personnelle des actionnaires sera néanmoins la plupart du temps un obstacle à l'action en dommages-intérêts.

L'action en répétition de dividendes est-elle civile ou commerciale?

D'après certains auteurs (1), d'accord avec la jurisprudence la plus récente (2) qui ait tranché directement la question, l'action en répétition de dividendes fictifs est une action civile en répétition de l'indû. Mais la question est controversée. La majorité des arrêts (3) et certains auteurs (4) admettent le caractère commercial de l'obligation de l'actionnaire d'effectuer son apport. Or, l'action en répétition de dividendes fictifs est une action en versement d'apport, puisque cet apport a été indûment restitué sous forme de bénéfices. Il s'ensuit, croyons-nous, que le caractère commercial doit lui être attribué. L'intérêt n'existe guère aujourd'hui qu'au point de vue de la compétence des juges consulaires.

1. Houpin, *op. cit.*, n. 634 ; Pont *op. cit.*, n. 1492.

2. Cass. civ., 8 mai 1967, D. 67. 1. 193. Solution peut-être motivée par le désir d'éviter la contrainte par corps. C. d'Angers, 18 janvier 1865, S. 65. 2. 211.

3. Civ. rej., 13 août 1856, D. 56. 1. 343 ; civ. rej. 15 juillet 1863, D. 63. 1. 347 ; C. de Bourges, 26 décembre 1870, D. 72. 2. 222 ; C. de Paris, 22 mai 1884, D. 85. 2. 177. *Contrà* ; C. de Paris, 24 janvier 1874, D. 76. 2. 216.

4. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n. 470 et 686 bis ; Vavasseur, *op. cit.*, n. 321 et 752 ; Brayard et Demangeat, *op. cit.* I. p. 245 à 248.

D'après une opinion (1), si l'on considère l'action en répétition des dividendes fictifs non comme une action en répétition de l'indu, mais comme une action en complément de mise, les intérêts moratoires courent du jour de la demande en justice (art. 1153 C. civ.). Dans le cas contraire, ils courraient du jour de l'encaissement par les actionnaires, (art. 1378 C. civ.) (2). Nous pensons au contraire, que l'art. 1378 s'applique partout où il y a mauvaise foi, car il prévoit expressément, tant la perception d'un capital que celle d'intérêts. Or, l'art. 10 de la loi de 1867 est certainement basé sur une présomption de mauvaise foi pour les cas qu'il vise, l'art. 1378 C. civ. est donc applicable.

Si l'on s'en rapporte aux termes d'un arrêt rendu en 1871 par la Cour de Bourges, il faut rechercher si le déficit était constant à l'époque de la distribution, car dans ce cas cette distribution n'est en réalité qu'un remboursement total ou partiel de la mise sociale gage des créanciers et est soumise au rapport. L'art. 549 C. civ., qui protège le possesseur de bonne foi contre la répétition des fruits ou intérêts perçus par lui serait

1. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n. 892.

2. En ce sens Cass., req. 3 mars 1863, S. 63. 1. 437 ; C. de Caen, 16 août 1864, S. 65. 2. 23 ; C. de Pau, 18 décembre 1865, S. 66. 2. 178.

sans application possible là où les créanciers réclament non de simples fruits ou intérêts, mais une portion effective du capital (1). Cette argumentation nous paraît inexacte et de nature à obscurcir la question. En réalité, toute distribution de dividendes fictifs est par définition faite sur le capital dont elle est une restitution partielle. Quelle qu'ait été la solution applicable avant que la loi de 1867, dans son article 10, fût venue remplacer les solutions tirées du Code civil, il faut décider aujourd'hui que toute répartition de bénéfices inexistants donne lieu à une action commerciale en restitution d'apport dans les termes dudit article 10, c'est-à-dire en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire et qu'aucune autre action n'est ouverte, hors le cas de fraude établie comme nous l'avons vu plus haut. L'art. 10 de la loi exclut donc les cas de bonne foi, c'est-à-dire les cas où l'art. 1378 C. civ., ne serait pas applicable.

Courte prescription applicable.

Remarquons que la rigueur de cette présomption de mauvaise foi est atténuée, par la courte durée de cinq ans seulement donnée par l'art. 10 à l'action en répétition, par dérogation au principe de la prescription trentenaire du Code civil.

1. C. de Bourges, 24 août 1871, D. 73. 2. 34.

En outre, par une nouvelle dérogation au droit commun, le point de départ de cette prescription est le jour fixé pour la distribution du dividende, c'est-à-dire qu'il est le même pour tous les actionnaires, quel que soit le jour où chacun d'eux a touché en fait.

Il est à remarquer, pour éclairer cette controverse, que pour les sociétés en commandite simple, non visées par la loi de 1867, la jurisprudence reconnaît aux créanciers sociaux une action en répétition des dividendes fictifs même contre les commanditaires de bonne foi. Il ne s'agit pas ici, dit-on, d'appliquer les art. 549 et 550 C. civ., qui attribuent les fruits au possesseur de bonne foi, car ce ne sont pas des fruits mais des portions du capital social qui ont été restituées aux commanditaires (1). Nous préférons, avec MM. Lyon-Caen et Renault (*op. cit.* n. 539), dire que les commanditaires de bonne foi ne sont pas tenus de restituer les dividendes fictifs, car les sommes ainsi reçues sont certainement pour ceux qui les reçoivent sinon pour la société, des revenus des fruits civils qu'ils ont pu se croire légitimement autorisés à appliquer à leurs besoins.

Il est regrettable que l'art. 10 de la loi de

1. (Cass., 22 juin 1880, S. 82. 4. 425; J. Pal. 1882, 1. 647; Cass., 21 juillet 1884, S. 86. 1. 291, J. Pal., 1886, 1. 708. V. Boistel, *op. cit.* n. 213).

1867, qui nous paraît appliquer exactement le principe de l'art. 1378, s'applique aux seules sociétés par actions. Nous ne faisons cette digression en dehors de notre sujet que pour éclairer la question sous tous ses aspects et faire ressortir le progrès réalisé par l'art. 10 sur la jurisprudence antérieure. Cet article établit, à l'encontre des actionnaires, une présomption de mauvaise foi que les tiers peuvent facilement connaître d'après des signes extérieurs bien déterminés, à savoir : l'absence de tout inventaire ou la distribution d'un dividende en dehors des résultats qu'il constate (1).

C'est là un exemple de plus de cette tendance formaliste du droit moderne que nous avons déjà eu l'occasion de signaler plusieurs fois.

II

Exercice de l'action

Mode d'exercice de l'action contre les actionnaires.

En principe les créanciers sociaux agissant contre les actionnaires ne peuvent pas les pour-

1. Pour les sociétés à durée limitée, il n'est pas nécessaire que le capital social soit intact pour qu'il y ait lieu à dividende. L'amortissement du capital et la répartition des dividendes pourraient être réglés de telle sorte qu'au jour de l'expiration de la société, le capital se trouve réduit à

suivre séparément. La fiction de la personnalité morale donne à la société un caractère indivisible vis-à-vis des tiers et tant que la société existe, les créanciers n'ont pas le droit de poursuivre un actionnaire seul. Mais il en est autrement si une faute personnelle est reprochée à un administrateur ou à un actionnaire, par exemple à ceux qui sciemment ont distribué ou laissé distribuer un dividende fictif. Là en effet s'arrête la fiction légale. Ils ne sauraient en invoquer le bénéfice pour échapper aux conséquences d'une faute qui n'est pas celle de la société mais la leur propre.

Remarquons en passant que s'il s'agit d'une lésion causée à un des créanciers seulement, et si la société a fait faillite, le syndic ne se trouve pas subrogé à la poursuite, car il est sans qualité dès qu'il s'agit de droits concernant quelques créanciers seulement, il ne peut exercer que les actions profitant à la masse des créanciers indistinctement (1).

zéro. Dans la pratique, toutefois, cette manière de procéder ne s'applique guère qu'aux sociétés dont la dissolution est certaine est prévue d'avance (Mines, carrières, entreprises constituées en vue d'une Exposition, etc).

1. C. de Paris 6 mai 1885, D. 86. 2. 25 et la note de M. Thaller.

III

Causes de la responsabilité des actionnaires.

Actes personnels
des actionnaires.

Les actes personnels imputables aux actionnaires sont tout d'abord ceux qui résultent des statuts. Le contrat de société est au premier chef l'œuvre des actionnaires et la responsabilité leur en incombe. Cette responsabilité ne résultant pas de la gestion, elle sort d'ailleurs du cadre de ce travail.

En voici toutefois un exemple. Supposons qu'il ait été stipulé que le capital social produirait des intérêts à 5 0/0 même en l'absence de bénéfices réels. Examinons cette clause d'un peu près, parce qu'elle peut avoir une répercussion importante sur la gestion. Cette clause est très utile pour les sociétés qui n'entrent en exploitation rémunératrice qu'après une période assez longue de travaux préparatoires. Le paiement des intérêts a alors le caractère d'une charge sociale destinée à faciliter la constitution de la société (1). Il n'en est pas moins vrai qu'il en résulte un remboursement partiel du capital aux

1. Cass. civ. 8 mai 1867, D. 67. 1. 193, S. 67. 1. 463 précité.

associés et la clause doit être opposable aux tiers (1).

Il en est de même de toute les clauses, que les tiers ont intérêt à connaître alors même qu'elles ne seraient pas comprises dans l'énumération de l'art. 57 de la loi de 1867. La cour de cassation a jusqu'ici décidé au contraire que cette énumération est limitative, par la raison que les pénalités et les nullités sont de droit étroit et ne doivent pas être étendues par analogie (2). La doctrine de la chambre des requêtes aboutit donc à rendre opposables à des tiers des clauses dérogatoires au droit commun et inconnues d'eux (dans l'espèce la continuation de la société après le décès d'un associé). Elle est

1. Pont, *op. cit.* n. 4456 ; Houpin, *op. cit.* n. 625 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* n. 556 ; Labbé au recueil de Sirey 78. 2. 225. Le dernier arrêt qui ait formellement tranché la question de la publicité est l'arrêt de 1867 précité (V. note précédente), et il ne l'exige pas. Deux arrêts rendus à l'égard de la même société par la Cour de Paris (1^{er} juin 1876, D. 79. 2. 193, S. 78. 2. 425 et 9 août 1877, D. 79. 2. 193, S. 79. 2. 320) contiennent des considérants obscurs et contradictoires sur la nécessité de cette publicité vis-à-vis des tiers (la question se débattait d'ailleurs entre associés). En pratique toutefois, la question ne se pose guère devant les tribunaux. Il n'y a qu'une seule décision récente, elle est dans le sens de la nécessité de la publication de la clause (Trib. civil d'Avesnes jugeant commercialement, *la Loi*, 6 juillet 1894).

2. Req. 2 mars 1885, D. 85. 4. 444, S. 85. 4. 362 ; *J. Pal.* 85. 891.

manifestement contraire à l'esprit formaliste nouveau du droit moderne, aussi est-elle jusqu'ici restée isolée (1). Un assez grand nombre de décisions ont soumis à la publication par exemple la clause conférant à un tiers l'usage exclusif de la signature sociale (2), celle qui obligerait le gérant à faire toutes les affaires au comptant (3), etc.

Actes de gestion
proprement dite.

Tous les actes de gestion émanant des actionnaires ne sont pas nécessairement publiés et alors même que les tiers en auraient eu connaissance, ils ne sont fondés à s'en prévaloir contre la société qu'en cas de dérogation (expresse ou implicite) au contrat intervenu.

Syndicats d'émission.

Ainsi la formation d'un syndicat d'émission inconnu du public, qu'on n'avait pas à lui faire connaître, ne donne pas aux souscripteurs le droit d'invoquer la nullité de l'émission. Les seules stipulations opposables à la société et constituant le contrat entre elle et les souscripteurs sont celles énoncées au prospectus de l'émission (4). Les garanties y contenues (parexem-

1. En sens inverse Lyon, 2 février 1882, R. S. 83. 315; J. S. 86, 66; Dijon, 14 juillet 1882, R. S. 83. 459; Cass., 14 déc. 1886, S. 87. 1. 310 et Pont *op. cit.* n. 1160. Lyon-Caen et Renault *op. cit.* n. 199.

2. C. de Paris, 15 fév. 1851, D. 51. 2. 78.

3. Cass., 22 décembre 1874. D. 75. 1. 254.

4. C. de Paris, 11 août 1891, J. S. 94, 315.

ple une première hypothèque, un cautionnement, une subvention officielle, un recours contre les fidéicommissaires) se suffisent à elles-mêmes. Le syndicat est en lui-même chose licite, sans d'ailleurs pouvoir être opposé à ceux qui n'en font pas partie, ni invoqué par eux. Des actionnaires peuvent même en souscrivant, former entre eux un syndicat pour revendre leurs actions plus avantageusement. Leurs acheteurs ne pourraient ensuite faire annuler la vente sous le prétexte que leur véritable vendeur aurait été le syndicat formé entre tous les souscripteurs primitifs.

D'après une jurisprudence constante, un tel syndicat ne peut être considéré en droit comme une société anonyme, soumise à la loi de 1867 et constituant un être moral capable d'exercer des droits distincts de ceux qui la composent. C'est bien plutôt une participation formée entre les souscripteurs pour la revente des actions dans de meilleures conditions, la propriété des dites actions leur demeurant exclusive et personnelle. Le syndicat considéré en lui-même est légal, qu'il soit formé par un groupe ou par la totalité des souscripteurs primitifs, quelque peu honorable que soit souvent son but et quel que puisse être le faussement des cours qui en résulte quelquefois ; ils ne sauraient être consi-

Syndicat licite en
lui-même

dérés par le seul fait de leur réunion en syndicat comme coupables de dol ou de fraude. La fraude et par conséquent la responsabilité au sujet du préjudice causé ne pourraient donc résulter que de manœuvres dolosives de publicité ou autres auxquelles se serait livré en fait le syndicat (1).

Mais si l'assemblée générale des actionnaires approuvait la publication d'un prospectus mensonger, contenant, par exemple, l'annonce inexacte d'une concession de ligne ferrée avec garantie d'intérêt du département, il y aurait là une manœuvre dolosive imputable tant aux administrateurs qu'aux actionnaires le sachant. La souscription serait à bon droit annulée et la compagnie condamnée au remboursement intégral de la souscription (2).

Si la société était restée complètement étrangère à la rédaction du prospectus frauduleux publié par les banquiers chargés de l'émission, sa responsabilité ne saurait en principe être engagée (3) (sauf bien entendu dans la mesure de son enrichissement).

Il peut arriver qu'une société dont le crédit est ébranlé et qui a déjà affecté à des emprunts

1. C. de Paris. Ch. correctionnelle, 28 avril 1887, D. 88. 2. 406.

2. Req., 30 juillet 1895, D. 95. 1. 433 précité.

3. Jug. trib. comm. Seine, 14 mai 1886, R. S. 90. 45.

toutes ses garanties disponibles, cherche à créer des obligations de priorité, c'est-à-dire primant les autres créanciers sociaux. Nos lois ne reconnaissent pas un pareil privilège en faveur de créanciers chirographaires de droit commun. En dehors des droits réels et privilèges légaux, l'actif social est le gage indivis de tous les créanciers. Une pareille stipulation serait donc nulle et engagerait sans aucun doute la responsabilité de la société. Les actions de priorité au contraire sont parfaitement licites, car elles ne nuisent qu'à une partie des actionnaires et non à certains créanciers.

Obligations de
priorité illégales.

IV

Réduction du capital.

La réduction du capital est fréquemment de nature à porter préjudice aux créanciers sociaux dont le gage se trouve ainsi diminué. Elle ne leur est donc pas opposable, quelle que soit la façon dont cette réduction s'est opérée, pourvu que leur créance soit antérieure à la publication de la réduction.

Réduction du ca-
pital.

Les créanciers postérieurs peuvent même quelquefois être admis à critiquer la réduction

Différents modes
employés.

votée à un moment où les derniers versements sur les actions étaient déjà nécessaires à l'extinction du passif existant. Ainsi, si la réduction se fait par voie d'abaissement du taux nominal des actions, en déclarant entièrement libérées des actions qui ne l'étaient pas encore, les tiers, par exemple les assurés qui ont traité avec une compagnie d'assurances antérieurement à cette réduction, pourront réclamer aux actionnaires le versement intégral des sommes restant dues sur le capital primitif (1).

Un autre procédé de réduction employé dans la pratique est le suivant : le taux nominal des actions n'est pas changé, mais chaque actionnaire échange par exemple quatre actions anciennes contre trois nouvelles. Une société au capital primitif de quatre millions se trouve ainsi réduite à celui de trois millions. Si nous supposons que l'actif social vaut 3.500.000 fr. nets, elle peut immédiatement distribuer 500.000 fr. à ses actionnaires. Si l'actif est inférieur à trois millions, toute répartition d'actif sera considérée comme une distribution de dividende fictif pour le montant de la différence.

Achat par la société de ses propres actions.

Enfin un troisième procédé, extrêmement facile à employer, consiste dans l'achat par la so-

1. Jugements trib. comm. Seine, 10 février 1888, R. S. 88. 323 et 24 juin 1895, J. S. 95. 463. V. aussi jugement du 28 octobre 1885, *le Droit*, 14 novembre 1885.

ciété de ses propres actions. Les créanciers sociaux ne seront pas admis à critiquer ce rachat si le capital se trouve reconstitué ultérieurement, ou si l'opération est faite à l'aide des bénéfices ou même peut-être du fonds de réserve. La solution est certaine pour les bénéfices, elle l'est moins pour le fonds de réserve qui est cependant une partie des bénéfices. Mais il suffit de remarquer que c'est le capital social qui est le véritable gage des créanciers. Le fonds de réserve est surtout destiné à faciliter la gestion, par exemple à couvrir des pertes passagères sur le fonds de roulement, à égaliser les dividendes d'une année sur l'autre, à faire face à des sinistres imprévus. La loi étant muette sur son emploi, il semble pouvoir être utilisé à maintenir le cours des actions, contre les attaques de la spéculation ou les paniques générales.

Si au contraire le rachat d'actions entame le capital social, les tiers pourront obliger les actionnaires remboursés, à restituer les fonds reçus (1), alors même qu'ils les auraient touchés de bonne foi (2). L'agent de change étant tenu

Responsabilité des
actionnaires rem-
boursés.

1. Jurisprudence constante, C. de Paris, 19 février 1885, D. 85. 1. 183 ; Civ. Cass. 3 janvier 1887, D. 87. 1. 406 ; Cass., 13 mai 1896, D. 96. 1. 382.

2. C. de Paris, 5 mars 1887, D. 87. 2. 206 ; R. S. 87. 300 ; C. de Caen, 11 mai 1880, S. 82. 2. 124, *J. Pal.* 82. 678.

au secret de ses opérations, l'actionnaire ignorera fréquemment qu'il vend à la société même. Il n'en sera pas moins tenu de redevenir actionnaire et de reverser son prix dans la caisse sociale. S'il en éprouve un préjudice, il aura bien entendu une action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 1382 C. civ. contre les administrateurs auteurs de la fraude et contre ceux de ses co-associés qui ont connu ou ratifié l'opération et enfin contre la société prise comme personne morale responsable des fautes commises par elle ou en son nom.

Cette responsabilité de l'actionnaire de bonne foi est rigoureuse. La jurisprudence des cours d'appel n'est pas unanime et la Cour de cassation n'a pas eu encore à trancher la question. Deux arrêts de la Cour de Paris (1) maintiennent la vente lorsque les circonstances autorisent le vendeur à prétendre qu'il a ignoré au profit de qui la vente avait lieu, notamment lorsqu'elle a été opérée par le ministère d'un agent de change. Mais l'opinion contraire invoque un arrêt également de la Cour de Paris (2) (4^{me} Ch.), aux termes duquel l'opération est

1. 4 février 1881, S. 82. 2. 324 ; 4 janvier 1887, (7^{me} ch.), D. 87. 2. 77 ; R. S. 87. 125.

2. C. de Paris, 5 mars 1887, D. 87. 2. 206 ; R. S. 87. 300, précité.

illicite et radicalement nulle tant au regard des créanciers sociaux dont elle diminue le gage, qu'au regard des co-associés dont (au cas où des versements sont encore dus), elle aggrave les charges sans leur aveu. Il s'ensuit que le souscripteur est tenu des conséquences de la vente de ses actions, même s'il a ignoré le vice de l'opération (sauf bien entendu son recours entre les auteurs et les complices de la fraude). Toutefois on tient compte, en lui faisant restituer le prix reçu, de tous les intérêts et dividendes qu'il aurait touchés s'il était resté propriétaire ; c'est-à-dire qu'ils sont déduits du montant à rapporter à la caisse sociale (1).

On objecte à la solution de l'arrêt du 5 mars 1887, que l'actionnaire vendeur n'a rien à se reprocher, qu'en apparence la vente était absolument régulière et que l'annuler serait enlever toute sécurité aux transactions. Le vendeur doit être protégé, dit-on, contre la restitution des deniers de même que l'acquéreur de bonne foi est protégé contre la restitution d'un objet mobilier conformément à l'art. 2279 C. civ. : « En fait de meubles, possession vaut titre... »

La réponse est que la bonne foi de l'actionnaire ne saurait l'exonérer des conséquences de l'opération, laquelle constitue une faute des ad-

1. C. d'Orléans, 5 août 1882, D. 84. 2. 31.

ministrateurs, faute dont il est responsable précisément jusqu'à concurrence du montant de sa mise. Or si les créanciers peuvent certainement exiger la restitution de tout remboursement direct aux actionnaires (sauf en ce qui concerne l'exception faite en matière de dividendes fictifs), ils doivent pouvoir l'exiger aussi lorsque ce remboursement prend la forme occulte du rachat d'actions. Et si des versements sont encore dus, l'actionnaire vendeur ne saurait être admis à prétendre que la société devenue propriétaire des actions est devenue à la fois créancière et débitrice des sommes restant à verser et que la confusion s'est opérée. La vente en effet est nulle et ne produit aucun effet.

Système approuvant le rachat des actions même aux dépens du capital.

Une opinion qui paraît être restée isolée admet qu'en elle-même la diminution du capital social par voie de rachat d'actions n'est pas nécessairement illicite et peut être validée suivant les circonstances (1). Cette doctrine est d'ailleurs très soutenable. Ainsi il peut se faire que l'achat ait lieu non dans une pensée de fraude ou de spéculation, mais pour prévenir une dépréciation momentanée sur les actions. Supposons qu'un groupe de concurrents ou de spéculateurs hostiles à une société joue à la baisse sur ses actions de façon à provoquer une panique pouvant

1. Pont, *op. cit.* II, n. 1444.

la ruiner. Ne serait-il pas conforme à l'intérêt bien entendu non seulement de la société mais des créanciers sociaux, de diminuer momentanément le gage de ces derniers pour employer les fonds disponibles au soutien des cours ?

La question ne s'est pas encore posée dans des termes aussi favorables devant les tribunaux (1). La solution contraire conforme à la tendance de la jurisprudence actuelle nous paraît préférable. Il est certain que dans certains cas, elle sera de nature à amener des résultats regrettables. Des campagnes injustifiables pourront amener la ruine de sociétés qui n'auront pas le droit de soutenir le cours artificiellement déprécié de leurs actions.

Mais dans l'appréciation d'une règle de droit, il faut considérer l'ensemble de ses résultats. Or il est certain que s'il devenait loisible, dans certains cas à apprécier d'après les circonstances du fait, de diminuer le capital social par des rachats d'actions, les fraudes se multiplieraient

Critique du système.

1. V. toutefois un arrêt de la C. de Bourges du 30 mai 1866, cassé sur pourvoi le 16 février 1868. (D. 68. 1. 503 ; *J. Pal.* 68. 609 et 612 ; S. 68. 1. 244). Cet arrêt admettait comme plausible la nécessité de soutenir les cours : « Il importait beaucoup alors à F. (le gérant) d'avoir ces actions à sa disposition pour empêcher qu'elles fussent versées à tout prix sur la place de Nevers et purent ainsi amener dans les valeurs de la société une baisse qui aurait été de nature à diminuer son crédit... ».

rapidement et avec elles les procès où dans des débats hérissés de difficultés de preuve, l'opportunité de ces opérations serait discutée ; la preuve devrait être faite des raisons multiples ayant provoqué les fluctuations des cours des actions. Il est évident que ce système aboutirait aux résultats les plus fâcheux. Dira-t-on encore pour le soutenir, que le système de la jurisprudence contient une présomption de fraude contre la société qui a autorisé ses administrateurs à racheter les actions et que cette présomption n'est basée sur aucun texte ? Il suffit de répondre qu'aux termes de l'art. 64 de la loi de 1867, le montant du capital social doit être énoncé dans toutes les publications émanées de la société. Il est donc interdit de diminuer sciemment le capital annoncé, gage auquel les créanciers ont un droit acquis.

Reports.

Une question voisine de la précédente est de savoir si une société peut valablement consentir des reports sur ces propres actions, au moyen de fonds pris sur son capital social. La réponse doit être négative, car si le report ressemble à un prêt sur gage, il n'en est pas moins en droit un achat au comptant combiné avec une revente à terme. En effet le reporteur possède les valeurs remises, non à titre de créancier gagiste mais à titre de propriétaire, puisqu'il peut les vendre aussitôt, quitte à en fournir une égale

quantité de même nature au terme convenu (1). En outre si le reporté ne rembourse pas à l'échéance, les titres restent entre les mains du reporteur. Il est donc évident que le capital d'une société peut ainsi se trouver entamé et remplacé en partie par des actions de la société. L'opération est donc illicite.

Les reports peuvent être faits au moyen de bénéfices ou au moyen d'un fonds de roulement provenant d'une émission d'obligations. L'opération n'a alors rien d'illicite en elle-même et peut rentrer dans le cadre des opérations prévues régulièrement par les statuts. Mais des sociétés abusent quelquefois de cette faculté pour surexciter la spéculation sur leurs propres actions. Selon les circonstances, le préjudice causé aux tiers pourrait retomber sur les actionnaires, si aux encouragements donnés aux reports venaient s'ajouter des agissements frauduleux destinés à fausser les cours et à faire apparaître un crédit imaginaire (2).

Le rachat d'obligations est une opération d'un caractère tout différent de celui du rachat des actions. Si les obligations sont cotées au-dessous du pair, il y a là pour une société un moyen

Rachat d'obligations.

1. En ce sens Lyon-Caen et Renault *op. cit.* II, n. 888 et IV, n. 988 bis.

2. C. de Paris, Ch. correct. 1887, D. 88. 2. 129.

très avantageux de rembourser ses dettes. Les obligataires ne peuvent se plaindre d'un remboursement forcé, puisqu'ils ne sont pas forcés de vendre. Du reste, s'il y avait un tableau d'amortissement, un remboursement anticipé et forcé ne leur nuirait que si les cours cotés étaient supérieurs au taux de remboursement. ,

En dehors de ces hypothèses, on a vu se produire des rachats d'obligations créant un droit de préférence au profit de certaines catégories d'actionnaires. Ainsi il a été à bon droit jugé illicite de rembourser des actionnaires porteurs d'obligations en les libérant du versement du solde dû sur les actions lorsque ce solde (même inférieur au taux nominal des obligations) est supérieur au cours des obligations cotées en Bourse. Tous les créanciers sociaux devant venir au marc le franc, il y a là un avantage illicite au profit de certains d'entre eux. Par suite, les créanciers (ou le syndic) peuvent poursuivre contre les actionnaires la nullité de l'opération et faire remettre les choses en l'état où elles étaient avant le remboursement dont il s'agit (1).

1. C. de Paris, 16 juin 1893, J. S. 94. 275.

V

*Responsabilité du Conseil d'administration
pris comme mandant.*

Nous n'aurons que peu de choses à dire sur la responsabilité des administrateurs en leur qualité de mandants. Aux termes de l'art. 22 de la loi de 1867, les statuts peuvent autoriser les administrateurs à se substituer un mandataire étranger, mais à la condition d'être toujours responsables envers la société des conséquences de sa gestion, même en l'absence de toute faute de leur part.

Responsabilité des
administrateurs
comme mandants.

Mandataires
substitués.

Cette disposition ne doit pas être étendue par analogie à la responsabilité des administrateurs envers les tiers, car elle déroge aux principes généraux du mandat. D'après l'art. 1994 C. civ., en effet le mandataire ne répond de celui qu'il a été autorisé à se substituer dans sa gestion que s'il a fait choix d'une personne notoirement incapable ou insolvable, c'est-à-dire s'il a commis une faute lourde.

Dans la pratique on n'use guère de la faculté donnée par l'art. 22.2°, elle est en effet dange-

reuse et a été l'objet de critiques fort vives (1). Elle ne s'applique pas, bien entendu, aux employés de la société qui ne sont pas substitués aux administrateurs et qui agissent au contraire sous leur direction conformément au droit commun (2).

Quant au mandataire que le conseil d'administration est autorisé à choisir parmi les associés (art. 22, 1^o de la loi de 1867), nous avons déjà examiné, chemin faisant, les principales solutions relatives à la responsabilité envers les tiers du conseil d'administration pour les actes du directeur choisi par lui. L'art. 1994, C. civ. s'applique ici avec les principes généraux. Le conseil sera donc responsable s'il a commis une faute soit en faisant un mauvais choix, soit en laissant le directeur abuser d'un manque de surveillance pour commettre des fautes graves, soit encore en lui donnant des instructions en dehors des limites des pouvoirs du conseil.

4. M. de Courcy s'exprime ainsi à ce sujet : « Un administrateur en voyage ou indisposé ou qui sera peut-être tout simplement parti pour la chasse, n'aura, s'il ne veut pas perdre ses jetons de présence, qu'à envoyer son secrétaire siéger à sa place... Les conseils seront toujours au complet, seulement l'été pendant les bains de mer, il arrivera qu'ils ne seront composés que de doublures » (De Courcy, *Les sociétés anonymes*, p. 36 et ss.

2. Jugement trib. civ. de Lyon, 2 mai 1883. *La Loi*, 22 mai 1883.

Le mandat ainsi donné à un directeur est nécessairement limité par les pouvoirs de ceux qui le confèrent ; il est comme celui de ces derniers essentiellement révocable sans dommages-intérêts et ne peut être donné pour plus de six ans (Loi de 1867, art. 23, 2^e alinéa).

Par cela même que l'article 22 déroge au droit commun il faut circonscrire dans les limites qu'il détermine, tant le choix des administrateurs premiers mandataires (lesquels doivent être pris parmi les associés) que la faculté accordée à ceux-ci de se substituer des mandataires étrangers. Il serait donc illégal pour un de ces derniers, étranger ou non à la société, et alors même que les statuts l'y autoriseraient, de subdéléguer à un troisième mandataire ses pouvoirs sociaux (1).

Responsabilité des mandants (Suite).

En dehors de tout acte personnel comme ceux que nous avons examinés jusqu'ici, la responsabilité des actionnaires ou des administrateurs peut se trouver engagée envers les

Actes des mandataires en dedans du mandat ou sinon ratifiés ensuite.

1. Cass., 22 mai 1896, D. 97. 4. 30.

tiers à raison d'actes commis par leurs mandataires dans les limites de leur mandat. Les mandants sont encore ici soit les actionnaires, soit le conseil d'administration. Il n'y a pas ici lieu de distinguer les deux situations. Nous verrons au contraire qu'il y a une distinction à faire pour les actes accomplis en dehors de tout mandat mais dans l'intérêt de la société. Dans ce dernier cas, en effet, les actionnaires sont tenus dans la mesure de leur enrichissement, tandis que les membres du conseil d'administration auxquels on ne peut pas toujours reprocher les irrégularités de l'administrateur délégué n'en sont pas nécessairement responsables envers les tiers.

Les mandants sont donc tenus en vertu des actes accomplis par leur mandataire dans la limite de ses pouvoirs et il faut assimiler à ce cas celui où un acte irrégulier a été ratifié après coup par l'assemblée des actionnaires ou le conseil d'administration. Supposons qu'il s'agisse d'un traité, si l'irrégularité commise consiste dans le défaut d'autorisation par l'assemblée générale, la ratification survenue après l'échange des signatures couvrira pleinement la nullité du traité. De même si le directeur a souscrit des billets causés fictivement « *valeur en nantissement* », les actionnaires n'en seront

pas moins pleinement responsables si ce mode d'opérer vicieux et irrégulier a été pratiqué à leur connaissance et avec leur approbation (1).

Il convient de remarquer que la responsabilité n'est pas toujours de la même nature. Au lieu d'aboutir à la validation de l'opération, elle se résoudra en une condamnation à des dommages-intérêts si l'opération n'était pas susceptible d'être validée, c'est-à-dire s'il s'agissait d'une dérogation formelle aux statuts ou si l'ordre public était en jeu.

Validation de l'opération.

Dommages - intérêts.

Comme exemple d'une dérogation fondamentale aux statuts intéressant les tiers, nous pouvons supposer qu'il a été émis des obligations au delà de la limite statutaire, au delà du capital social par exemple.

En ce qui concerne l'ordre public, nous pouvons rappeler ce qui a été dit plus haut au sujet des réductions illicites du capital social par voie de rachat d'actions (2). De telles opérations sont nulles nonobstant toute autorisation ou ratification par les actionnaires. Les tiers lésés pourront, non en exiger l'exécution, mais seulement réclamer des dommages-intérêts.

Les mêmes motifs ont conduit la jurisprudence à refuser toute valeur à une hypothèque appa-

Obligations hypothécaires, hypothèque apparente.

1. Cass., 13 mars 1876, D. 77. 1. 51.

2. Cass., 11 fév. 1868, D. 68. 4. 503.

rente. Il est couramment admis aujourd'hui qu'une hypothèque peut valablement être attachée à une créance à ordre ou au porteur. Mais l'hypothèque ne naît qu'au moment où le titre devient la propriété de l'obligataire, c'est-à-dire au moment même de l'émission. Par suite, si une société met ses titres en gage avant l'émission, elle en demeure propriétaire et l'hypothèque ne naît point, la société ne pouvant avoir une créance sur elle-même. Les titres n'auraient acquis la qualité hypothécaire que si le créancier gagiste non payé les avait vendus en exerçant le droit de son débiteur. En ce cas, en effet, le prix employé à désintéresser un créancier eût été considéré comme encaissé par la société (1). Il fallait donc, pour que l'hypothèque pût être exercée, faire vendre le gage en observant les formalités prescrites par l'art. 93 C. comm.

Cette argumentation est spécieuse ; néanmoins elle choque l'esprit en ce qu'elle est manifestement contraire à l'intention des parties. Qui croit-on protéger ainsi ? Il est impossible de le voir. Ce ne sont ni les parties qui ont entendu constituer une hypothèque valable ni les tiers qui sont avertis de son existence par une inscrip-

1. Jugement trib. civ. de Bourges, 8 mars 1888, J. S. 91. 253. V. cependant civ. 6 avril 1870, D. 70. 1. 440 et 19 juillet 1875, D. 75. 1. 462 d'après ces deux arrêts, la mise en gage équivaut à une émission.

tion régulière. Il est certain que les parties ont voulu conférer au prêteur les avantages attachés aux obligations et notamment l'hypothèque. Cela est suffisant, il faut s'attacher non à la dénomination que les parties ont pu donner à l'opération, mais à sa nature intrinsèque. Cette règle d'interprétation est constante en jurisprudence. Or le prêt sur gage aboutissant à des effets juridiques inattendus et contraires au but des parties, il faut dire que l'opération est au fond un achat au comptant combiné avec une revente à terme. Dès lors, la société transférant la propriété de ses obligations, l'émission est considérée comme ayant eu lieu et l'hypothèque naît valablement attachée à la créance. La difficulté est donc résolue comme celle de la validité des reports faits par une société sur ses propres actions et nous avons vu que cette opération est nulle si on la considère non comme un prêt sur gage, mais comme un achat au comptant suivi d'une revente à terme (v. p. 76).

VI

Responsabilité des mandants (Suite).

Quand la société n'a pas eu connaissance des opérations irrégulières de son directeur ou que,

Actes en dehors du mandat, mais ayant profité à la société.

Source de cette responsabilité d'après la jurisprudence.

les ayant connues, elle a refusé de les ratifier, elle ne se trouve pas liée par les engagements ainsi pris en son nom, ceux-ci sont nuls et ne peuvent, en principe, motiver contre elle aucune condamnation à des dommages-intérêts. Suivant le système de la jurisprudence, la société peut seulement se trouver tenue dans la mesure de son enrichissement. Nous verrons comment une application excessive de cette dernière idée a conduit la jurisprudence à des conséquences fâcheuses et nuisibles aux tiers.

Critique de la jurisprudence.

Il est assez difficile de dire si la source véritable de l'obligation de la société est bien son enrichissement. S'il en est ainsi, il est difficile de concilier cette idée avec celle admise en matière d'association en participation, tant par la doctrine que par une jurisprudence constante et d'après laquelle les tiers qui ont contracté avec un seul associé n'ont pas d'action directe contre ceux qui sont restés étrangers à l'engagement et cela alors même qu'ils en auraient profité (1). Cette solution s'appuie sur l'art. 1165 C. civ. aux termes duquel les conventions n'ont

1. C. d'Aix, 16 mai 1868. D. 70. 2. 48 ; C. de Rennes, 4 mars 1880, D. 81. 2. 210 ; Cass. civ., 27 février 1883. D. 84. 1. 29 ; Req. 38 mars 1885, D. 86. 1. 440 ; Req. 31 juillet 1893. D. 93. 1. 261 ; V. aussi Cass., 16 février 1853, D. 53. 1. 47.

d'effet qu'entre les parties contractantes (1). Une société, disent les arrêts, n'est pas tenue des engagements personnels à l'un des associés, non contractés sous la raison sociale et bien que la société en ait sciemment profité. La Cour de cassation admet même que la simple connaissance qu'une société aurait pu avoir de l'origine des marchandises versées dans son actif par un de ses membres ne formerait même pas un quasi-contrat ni aucun lien de droit susceptible d'obliger la société envers la personne de qui l'associé avait acquis les marchandises. Cette solution est admise tant pour les sociétés civiles que commerciales (2).

Le tiers créancier de l'associé qui a traité peut seulement exercer l'action oblique de l'art. 1166 C. civ. Il devra donc subir le concours des autres créanciers du débiteur et se voir peut-être repoussé par les exceptions qui seraient opposables au débiteur lui-même (3).

Cette doctrine pour rigoureuse qu'elle soit n'est, dit-on, pas injuste, car les tiers ne peuvent prétendre qu'ils comptaient sur une action directe contre la société, puisqu'ils devaient

1. C. de Bordeaux, 13 avril 1848, D. 48. 2. 162; Cass. 12 mars 1850, D. 51. 1. 8.

2. C. de Besançon, 6 février 1865, D. 65. 2. 52.

3. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* II. n. 294, Pont, *op. cit.* n. 1852; Houpin, *op. cit.* II. n. 253.

ignorer que cette dernière fût intéressée dans l'opération. Il nous semble toutefois que la question est complètement étrangère à l'art. 1166. Si la société (ou l'associé en participation) doit restituer ce dont elle s'est enrichie indûment, ce n'est pas par application de l'art. 1166, mais de cette règle vulgaire d'équité que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

En effet, la responsabilité de la société n'a pas nécessairement son origine dans un contrat, c'est un de ces engagements qui se forment sans convention. Si des deniers ou marchandises sont indûment entrés dans son patrimoine, elle doit les restituer directement à leur légitime possesseur ; tout comme le propriétaire d'un champ riverain doit, selon l'art. 559 C. civ., restituer une partie d'un champ voisin que la violence des eaux a subitement transportée dans le sien. Nul n'a besoin d'un contrat pour revendiquer ce qui lui appartient. Mais la jurisprudence n'admet l'action directe que si l'engagement a été pris au nom de la société, parce qu'alors le tiers a cru traiter régulièrement avec la société. Nous verrons cependant que si la jurisprudence poussait cette idée dans toutes ses conséquences logiques, elle se trouverait entraînée beaucoup plus loin et que la limite de la responsabilité des sociétés dépasserait singulière-

rement le montant de leur enrichissement.

Le principe directeur de la Cour de cassation est le suivant : pour savoir si une société est tenue de restituer ce qu'elle a reçu indûment, il est inutile de se demander si les emprunts ont été faits avec des pouvoirs suffisants et en conformité des statuts de la société (c'est-à-dire si les tiers ont pu croire traiter directement avec la société), car aucune disposition de la loi ne dispense une société de restituer les sommes payées et avancées pour elle et versées dans son actif. Il suffit que la chose ait tourné au profit de la société pour que celle-ci soit obligée par les engagements irrégulièrement contractés sous la raison sociale (1).

Si, d'après cette jurisprudence, le fait générateur de l'obligation est l'enrichissement de la société, pourquoi distinguer si l'opération a été ou non réellement faite pour le compte de la société ? L'art. 1864 C. civ. (2) qu'on invoque à l'appui de l'opinion que nous combattons, loin d'établir une exception, ne fait qu'appliquer au cas où l'obligation a été contractée pour le compte de la So-

1. Req., 7 juillet 1868, D. 69. 1. 319.

2. Cet article est ainsi conçu : « La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société, ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci lui aient donné pouvoir ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. »

ciété, la règle générale, la règle d'équité que nous avons appelée.

Source véritable
de la responsabi-
lité.

Il nous paraît infiniment moins embarrassant et plus simple de déclarer la société responsable sans restriction, chaque fois qu'il s'agit d'un acte de gestion sociale régulier en apparence, c'est-à-dire quand les tiers ont pu croire contracter avec la société. Ils ont en vue le crédit de la société dont la responsabilité se trouve engagée bien plus parce qu'elle est tenue du fait des administrateurs choisis par elle que parce qu'elle a pu profiter de l'opération irrégulière. A vrai dire, le fait générateur se trouve dans une faute commise par le mandant, ou si l'on veut, dans un risque accepté d'avance par lui (1). Cette faute, là où elle existe, consiste dans le choix d'un mauvais mandataire ou dans le défaut de surveillance.

Cette façon d'envisager les actes commis par un mandataire hors de la limite de ses pouvoirs conduit à rendre la société responsable, même

1. Il y aurait là, selon nous, une idée analogue à celle du *risque professionnel* dans l'industrie, idée aujourd'hui inscrite dans la législation ouvrière des principaux pays d'Europe. En dehors de toute présomption de faute, la responsabilité des actionnaires mandants envers les tiers lésés par le mandataire, serait un risque inhérent au contrat de société, de même que celle du patron est considérée un risque inhérent au contrat de louage d'ouvrage. Nous retrouverons d'ailleurs cette idée dans le dernier chapitre de cette étude.

au cas où elle n'a retiré aucun profit de l'opération. La jurisprudence, attachée à l'idée qu'une société est seulement tenue dans la mesure de son enrichissement, montre la plus grande répugnance à étendre ainsi la responsabilité sociale à toute une série d'hypothèses. C'est surtout en matière d'emprunts irréguliers que la question se pose en pratique. Nous avons vu (1) que le pouvoir d'emprunter des administrateurs varie suivant les statuts et suivant le but de la société.

Emprunts irréguliers.

Supposons qu'une émission d'obligations projetée n'ait point été réalisée, la société ayant renoncé à faire appel au crédit. Les obligations restées à la souche constituent des formules sans valeur, puisqu'elles ne représentent aucun versement fait dans les caisses de la société. Elles sont ainsi entachées d'une nullité absolue et ne sauraient permettre aux tiers porteurs de bonne foi, de demander leur admission au passif de la société. Cette dernière ne peut (du moins d'après la jurisprudence), être engagée qu'autant qu'elle aurait bénéficié en tout ou partie des sommes provenant de la vente des obligations (2).

Nous croyons que ce système est mal fondé et que la société devrait se voir opposer l'em-

Critique de la jurisprudence.

1. V. p. 48.

2. Trib. comm. Seine, 16 septembre 1893, J. S. 95. 45.

prunt comme régulier alors même que le profit retiré par elle serait nul ; il suffirait pour cela que la fraude commise par le directeur eût présenté les dehors d'une opération régulière. Et en effet, il faut dire que les actionnaires sont tenus, non en vertu d'un enrichissement quelconque, mais parce qu'ils ont commis une faute soit en choisissant un mandataire indigne de leur confiance, soit parce qu'ils n'ont pas su le surveiller, soit encore en dehors de toute faute de ce genre, parce qu'il y a là un risque inhérent au contrat de société.

Aujourd'hui la multiplicité des opérations commerciales et les autres nécessités du crédit moderne rendent indispensable pour une société de faire honneur aux engagements contractés en son nom (1). Les tiers ne peuvent et ne doivent vérifier que la régularité extérieure de l'opération. Notamment quand il s'agit d'un emprunt, il est tout à fait impossible, dans la pratique des affaires, d'exiger des tiers qu'ils s'assurent de l'observation de toutes les prescriptions intérieures qu'ils vérifient, par exemple, si l'emprunt a été voté par une assemblée générale régulièrement convoquée et constituée, si, (comme dans l'espèce précitée) les actionnaires n'ont pas ensuite renoncé à l'emprunt

1. V. p. 4.

après l'émission d'une portion des titres, les autres devant rester à la souche, etc.

On s'explique d'autant moins la résistance de la jurisprudence, qu'en d'autres matières, des solutions analogues à celles que nous défendons sont admises couramment. Ainsi, en matière de lettres de change, la jurisprudence et la doctrine admettent unanimement que les porteurs de bonne foi peuvent invoquer la régularité apparente d'une lettre de change entachée de supposition. C'est du reste un principe reconnu que le possesseur d'une valeur échappe à toutes les exceptions qui auraient pu être opposées aux porteurs antérieurs, à moins qu'elles ne résultent du titre lui-même (1). Mais si le vice est occulte, c'est-à-dire si les exceptions ne peuvent être reconnues que par une vérification ultérieure, elles ne peuvent être opposées aux tiers de bonne foi. Ceux-ci ont traité sur la foi d'apparences régulières et ne peuvent souffrir de preuves prises en dehors du titre (2). Ainsi un abus de blanc-seing bien qu'excluant le consentement du signataire n'engage pas moins sa responsabilité envers le tiers porteur de bonne foi (3).

Arguments d'analogie.

Lettres de change irrégulières.

1. C. de Nancy, 20 janvier 1870, D. 72. 2. 82 Civ. rej., 2 août 1871, D. 72. 1. 115.

2. De Folleville, *Titres au porteur*, n. 75.

3. C. de Lyon, 13 août 1851, D. 53. 2. 30.

Chèques falsifiés.

En matière de chèques falsifiés, le *criterium* est encore la régularité apparente du titre. La responsabilité retombe sur celui qui a commis une faute. Si la signature a été assez bien imitée pour que le tiré ait pu s'y tromper, la perte est supportée par le déposant. Celui-ci a alors à se reprocher soit la perte de son carnet de chèques, soit la simplicité même de sa signature la rendant facile à contrefaire. La perte retombera au contraire sur le banquier s'il pouvait en l'espèce découvrir la fraude en vérifiant soigneusement la signature, surtout si d'autres circonstances rendaient le chèque suspect, par exemple parce qu'il était présenté par un inconnu et non par l'employé habituel du client (1). Et s'il y a eu faute des deux côtés, la responsabilité doit être partagée (même arrêt).

Billets de banque falsifiés.

La solution est analogue pour les faux billets de banque. Il a bien été jugé que la Banque de France ne peut devenir débitrice par le fait d'un autre qui falsifie sa signature et que par suite elle n'est pas tenue de rembourser les billets qu'elle n'a pas émis. Une doctrine opposée violerait les principes du droit, a-t-on dit (2). Nous ne le croyons pas et la meilleure preuve

1. C. de Bordeaux, 14 décembre 1887, D. 88. 2. 316.

2. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, IV, n. 768.

en est qu'en pratique c'est la solution opposée qui a prévalu. Dans l'intérêt même de son crédit, la Banque de France rembourse les billets faux aux porteurs de bonne foi. La jurisprudence devrait consacrer cette solution, car la Banque a ici une double faute à se reprocher qui engage sa responsabilité vis-à-vis du public. La première faute consiste à employer des procédés de fabrication qui rendent la fraude possible, la seconde consiste à ne pas découvrir les fraudeurs assez promptement pour décourager toute tentative.

Pour bien indiquer le caractère facultatif du remboursement, la Banque fait généralement une retenue sur le montant du billet faux. Mais en droit, la situation est cependant identique à celle du chèque falsifié et aucune perte ne devrait retomber sur le porteur si l'imitation est suffisamment parfaite pour établir sa bonne foi.

Il est impossible de prétendre qu'en droit les tiers doivent procéder à l'examen chimique ou microscopique de chaque billet reçu par eux, Nous pensons donc que la responsabilité de la Banque est une conséquence juridique de son système de circulation fiduciaire ; c'est à elle qu'incombe le soin de la rendre le moins onéreuse possible pour elle.

Ces diverses solutions devraient être généra-

lisées aujourd'hui par la jurisprudence et appliquées notamment à la matière des sociétés. Par suite, ce qui vient d'être dit devrait s'appliquer à des obligations falsifiées par des tiers ou émises irrégulièrement par les directeurs, pourvu que leur régularité fût apparente. Ce qui revient à dire qu'une obligation ou une action au porteur peut être entachée des mêmes vices occultes que les autres titres au porteur, billets de banque, chèques et lettres de change, sans que les tiers de bonne foi aient à en souffrir.

Conséquences du
système proposé.

Nous pensons même qu'il y aurait vice occulte, si les titres avaient été émis par des directeurs apparents, c'est-à-dire par des personnes n'ayant plus qualité pour faire l'émission. La Cour de cassation a jugé en sens contraire que la société n'avait point en pareil cas consenti à emprunter ni à rembourser aucune valeur nominale contre la représentation des titres ainsi émis frauduleusement, que ces obligations étaient donc atteintes d'une nullité substantielle leur enlevant toute valeur dès le début, même pour un tiers de bonne foi (1).

Outre les motifs donnés plus haut, l'arrêt du

1. Req. 4 juin 1878, D. 79. 4. 132. V. aussi C. de Paris 3 août 1893, D. 97. 2. 73. Aux termes de ce dernier arrêt, le fait de posséder un titre d'obligation revêtu de toutes les formes exigées pour sa régularité implique une présomp-

4 juin 1888 paraît se heurter à un argument de texte. Le principe de la nécessité du consentement de la partie qui s'oblige reçoit une exception formelle en matière de mandat (art. 2005 C. civ.). Aux termes de cet article, la révocation du mandat même notifiée au mandataire ne peut être opposée par le mandant aux tiers qui ont traité avec le mandataire. En conférant le mandat, le mandant s'est en effet engagé par avance, par un acte unilatéral de sa volonté, à subir éventuellement l'application de cet article. Autrement dit, il s'est engagé d'avance envers les tiers qui traiteraient avec le mandataire à un moment où le consentement du mandant aurait cessé d'exister. Or l'art. 2005 s'applique textuellement à l'espèce de l'arrêt. Si les administrateurs d'une société continuent à opérer pour son compte, après que leur mandat a été révoqué par les actionnaires sans publicité suf-

Directeurs appa-
rents.

tion de créance avec tous les avantages qui s'y rattachent, on ne saurait y trouver, par là même, la preuve que la valeur y indiquée est due, s'il est démontré qu'il est entaché d'un vice originel pouvant être opposé même au porteur de bonne foi. M. Valéry, en note sous cet arrêt, fait remarquer avec raison qu'il n'y a aucun motif de distinguer entre le porteur de bonne foi d'une obligation et celui d'une lettre de change ou de tout autre titre au porteur. L'obligation acquiert sa valeur en vertu de son caractère d'acte abstrait se suffisant à lui-même pourvu que ses énonciations soient complètes et exactes.

fisante, la société sera liée envers les tiers et tenue de rembourser les obligations émises, d'exécuter les traités signés, etc.

Il faut même aller plus loin et en vertu des principes généraux déclarer la société responsable au cas où les directeurs apparents n'auraient à aucun moment été ses mandataires. Car il y a faute certaine de la part d'une société à laisser gérer ses affaires par des « individualités sans mandats », et pourquoi chercherait-on quand même à donner une origine contractuelle à la responsabilité ?

Nous avons été conduits par les motifs indiqués, à admettre que nous considérons une société comme responsable même au cas où les titres auraient été falsifiés et émis par des faussaires totalement étrangers à la société. Un arrêt (1), tout en paraissant repousser cette responsabilité, reconnaît que la société pourrait se trouver tenue envers les tiers porteurs en vertu de l'art. 1382 C. civ. si par leur faute, ils avaient contribué à faciliter la falsification ou l'usage des titres forgés. Cette faute résulterait de l'émission de titres faciles à imiter ou d'une incurie évidente dans la poursuite des contrefacteurs. Il ne s'agissait dans l'espèce que de lettres de

1. C. de Nîmes, 19 avril 1875, D. 76, 2, 240.

change, mais les motifs de l'arrêt s'appliqueraient facilement à des actions ou à des obligations. Quant à l'arrêt rendu en 1878 par la Chambre des requêtes, il est vrai que la tromperie aurait été difficile à découvrir pour les tiers de bonne foi, puisqu'il s'agissait de l'émission par des directeurs apparents de titres appartenant à une émission antérieure restée infructueuse et qui étaient restés à la souche. Mais si les motifs de l'arrêt sont critiquables en ce qu'ils excluent même les porteurs de bonne foi, en fait la bonne foi n'existait pas et l'arrêt de la Cour de Paris ne pouvait être cassé.

Après tout ce qui vient d'être dit, la solution n'est pas douteuse en ce qui concerne les manipulations de cours par les administrateurs, c'est-à-dire au sujet du faussement des cours par ces derniers. Supposons que les statuts ou les actionnaires réunis en assemblée générale aient formellement enjoint aux administrateurs d'être véridiques et de ne jamais chercher à améliorer le cours des titres de la société par des assertions inexactes contenues dans leurs rapports, bilans, prospectus et autres communications. Si les administrateurs ont enfreint cette défense et qu'il en soit résulté pour des tiers un préjudice quelconque, nous n'hésitons pas à dire que la société doit être tenue de le réparer.

Manipulation de
cours par les ad-
ministrateurs.

Aussi bien quelle est la valeur juridique de la défense faite aux administrateurs de s'abstenir de manœuvres frauduleuses dans l'intérêt de la société ? Fréquemment elle ne sera, pour les actionnaires, qu'un moyen de se mettre à l'abri des conséquences nuisibles d'actes destinés à leur profiter et qu'ils ont tacitement encouragés tout en les réprouvant ouvertement. Il ne s'agit ici que de l'appréciation des circonstances de fait ; n'est-ce point le lieu d'invoquer l'ancienne présomption : « *Is fecit cui prodest* » (1).

Avantages du système.

Rendre ainsi plus réelle et plus intime la solidarité du mandant et du mandataire et notamment de l'actionnaire et de l'administrateur, aurait les conséquences les plus heureuses pour le crédit des sociétés. Les actionnaires seraient amenés à surveiller d'un peu plus près la gestion de leurs administrateurs, et à empêcher les commissaires des comptes de considérer leur mission comme une sinécure indéfiniment renouvelable alors qu'elle devrait être temporaire et confiée à tour de rôle aux actionnaires impor-

1. La jurisprudence récente tend d'ailleurs nettement à affirmer la responsabilité d'un patron (art. 1384 C. civ.), à raison des actes dommageables commis par son préposé au mépris de ses instructions tacites ou expresses, pourvu qu'ils aient été commis dans l'exercice de ses fonctions et dans l'intérêt du patron. V. notamment C. de Paris, 19 décembre 1896, D. 97. 2. 172 et 16 juin 1896, 96. 3. 312.

tants (1). En un mot, et c'est la conclusion qui se dégage de cette étude, la responsabilité envers les tiers en matière de gestion de société anonyme a déjà été considérablement étendue, il faut l'étendre encore et rendre les rouages sociaux plus solidaires les uns des autres. Il faut permettre aux tiers de trouver en face d'eux un bloc homogène et indivisible, et prêt à affronter toutes les responsabilités résultant de la gestion (2).

N'oublions pas, d'ailleurs, qu'en étendant à tous les actes de gestion sans exception la responsabilité des actionnaires, cette responsabilité ne cesse pas d'être limitée à leur quote-part dans l'actif social, ce qui lui enlève tout caractère excessif.

1. On peut peut-être discerner actuellement une légère tendance de la pratique vers l'établissement d'un roulement de ce genre.

2. En pratique, l'extension de cette responsabilité dépend dans une large mesure de la possibilité de faire la preuve des faits allégués. On s'explique ainsi que la loi de 1881 sur la liberté de la presse ait autorisé la preuve des faits diffamatoires ou injurieux, non seulement contre les fonctionnaires, mais aussi contre les directeurs et administrateurs d'entreprises commerciales, industrielles ou financières faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit : « Nous voulons, dit M. Laboulaye au cours de la discussion parlementaire, nous voulons que la conscience publique puisse se prononcer sur certains spéculateurs... » La disposition relative aux fonctionnaires a un but directement politique et il y aurait divers rapprochements intéressants à faire entre l'extension parallèle de la responsabilité civile en matière de sociétés par actions et la responsabilité politique.

DROIT ANGLAIS

CHAPITRE V

ACTION DES TIERS

I

Personnes pouvant revendiquer la qualité de tiers.

Les créanciers.

Les tiers admis à critiquer les actes de gestion sociale sont tout d'abord les créanciers ordinaires d'une société, tels que les fournisseurs, les banquiers et aussi les obligataires qui sont des prêteurs d'une nature particulière jouissant généralement de garanties spéciales, telles que constitution d'hypothèque, de privilège, nomination de *trustees* (1), etc. Mais si les créanciers

1. Un « *trustee* » est une sorte de fidéicommissaire chargé d'une mission de confiance plus large qu'un mandat ordinaire. Il est fréquemment investi de la propriété nominale des biens dont il a la surveillance ou la gestion.

peuvent critiquer les actes de gestion contraires à leurs droits, il ne s'ensuit nullement qu'ils soient admis à s'immiscer dans l'administration de la société. Ainsi on peut se demander si un créancier pourrait empêcher le paiement d'un dividende pris sur le capital. La demande peut certainement être introduite par un actionnaire isolé (1) et il semble qu'il devrait en être ainsi de tout intéressé. Cependant un simple créancier contractuel se voit en principe refuser ce droit.

Un créancier contractuel ordinaire n'a en effet aucun droit réel sur l'actif. Il a suivi la foi de la société et a eu confiance en sa solvabilité. Son seul remède est d'obtenir un paiement et d'en poursuivre l'exécution. Il ne peut intervenir dans la gestion et prétendre tenir la main à ce que les statuts soient exactement observés. A la vérité, le créancier n'ayant pas d'autre débiteur que la société, être abstrait, a tablé sur le capital social et il est parfaitement en droit de compter que ce capital sera employé conformément à l'objet de la société et que les directeurs le maintiendront intact au lieu de le restituer aux actionnaires sous forme de dividendes fictifs. Mais ce droit ne peut être exercé qu'en

1. *Guinness, v. Land corporation of Ireland*, 22, C. Div. 349.

demandant la liquidation de la société pour obtenir paiement (1).

Exercice de l'action des obligataires, clause de majorité.

Les obligataires ont en principe des intérêts identiques et, depuis une vingtaine d'années environ, l'habitude s'est introduite de stipuler pour la majorité des obligataires d'une société la faculté d'imposer à leurs co-obligataires certaines modifications au contrat primitif. On peut ainsi protéger la majorité contre des entêtements injustifiés de la minorité. Sinon chaque fois qu'un arrangement quelconque et notamment une transaction est proposée aux obligataires, un seul d'entre eux se trouverait en situation de faire la loi aux autres. L'intérêt commun peut se trouver ainsi compromis par l'inexpérience, l'entêtement ou la cupidité de quelques-uns.

Par exemple il peut être indispensable, sous peine d'une ruine certaine pour une société, de reculer l'époque primitivement fixée pour le remboursement, de réduire le taux de l'intérêt pendant une période difficile, de renoncer à un paiement d'intérêts arriérés, ou même aux privilèges et hypothèques existants, pour relever le crédit de la société et trouver de nouveaux fonds, de consentir à la fusion avec une autre

1. *Flitcroft's case*, 21, C. Div., 533.

C^{ie}, d'accepter en paiement des actions ou des obligations de cette dernière, etc.

La validité de cette clause dite de majorité fut d'abord discutée en 1886 dans *Tod v. New Zealand Agricultural Co* (1). Le juge Day en admit la validité en disant qu'il s'agissait là d'une convention passée par chaque obligataire non seulement avec la société, mais aussi avec ses co obligataires présents et futurs, qu'il y avait là un engagement réciproque subordonné seulement à la condition que tout sacrifice imposé à un obligataire serait également imposé à tous les autres (2).

Il est d'ailleurs nécessaire que les pouvoirs ainsi donnés à la majorité des obligataires soient nettement définis dans l'acte constitutif, car en matière de renonciation de droits l'interprétation restrictive est de rigueur et si les droits en question ne sont pas clairement visés, il a été jugé que la majorité ne saurait les modifier.

Cette observation ne doit d'ailleurs pas être

1. Palmer, *Company precedents*, I, p. 563.

2. En ce sens : *Re Dominion of Canada etc. Co*, 55. L. T. 347 ; *Follit, v. Eddystone granite quarries*, (1892), 3 Ch. 75 ; *Mercantile Investment etc. Co, v. International Co of Mexico*, (1893), 1 ch. 484 ; *Mercantile Inv. Co, v. River Plate etc. Co*, (1894), 1 Ch. 578 ; *Sneath, v. Valley Gold limited*, (1893), 1 Ch. 477.

3. *Hay, v. Swedish Rail Co*, 5, T. L. R. 460, 1889.

entendue en ce sens que la chance de majorité est nulle si elle confère des pouvoirs trop larges ; car les pouvoirs peuvent être larges sans cesser d'être clairs et précis. Il suffit que l'intention des parties soit claire et certaine. Dans *Wallis v. Smith* (1) le juge Jessel M. R. s'exprima ainsi : « Il est de toute importance qu'en matière de contrats entre personnes capables, les tribunaux s'attachent à l'intention des parties et n'écartent pas leur volonté clairement exprimée par la raison que les magistrats sont meilleurs juges de l'intérêt des parties que les parties elles-mêmes ».

Les actionnaires
dans certains cas,

Enfin dans certains cas les actionnaires eux-mêmes peuvent agir en qualité de tiers. Ces cas sont d'ailleurs exceptionnels, car en principe chaque actionnaire n'a pas d'action individuelle contre les agents de la société responsables du préjudice causé.

Ils ne peuvent ja-
mais exercer l'ac-
tion sociale.

La poursuite appartient à la société prise comme être moral, ayant une volonté propre. Si les directeurs (2) ont commis des fautes de gestion de nature à nuire à tous les actionnaires indistinctement, l'approbation ou quitus voté

1. 21 C. Div., 243, 266.

2. Le terme directeur (*director*) est en anglais synonyme d'administrateur (d'une société). L'expression « *board of directors* » se traduit : conseil d'administration.

par la majorité des actionnaires empêcherait un ou plusieurs membres de la minorité d'intenter aux directeurs une action en réparation du préjudice causé. Car ce préjudice, en effet, n'est pas causé à la minorité exclusivement, mais à la société dans son ensemble.¹ La minorité doit s'incliner, car la société a seule le droit d'agir en justice (1).

L'approbation donnée par la majorité peut même être tacite. C'est ce qui a été jugé dans le cas d'un procès intenté par quelques actionnaires à des directeurs qui au lieu d'observer le roulement statutaire, avaient refusé de se retirer après l'expiration de leur mandat (2). La demande fut rejetée par la raison que c'était à la société à agir si elle le jugeait opportun et que ne l'ayant point fait, il n'appartenait pas à quelques-uns des associés de se substituer à la majorité. On a bien essayé de voir là un souvenir d'une ancienne règle de la procédure anglaise d'après laquelle toutes les parties ayant un intérêt distinct doivent être mises en cause ou sinon il y a lieu à une sorte d'exception *litis dividuæ*. Il est plus exact de voir là une ratification tacite par la majorité et ayant éteint l'action sociale.

Approbation tacite
donnée par la ma-
jorité.

1. *Foss, v. Harbottle*, 2, Ha, 461.

2. *Mozley, v. Alton*, 1 Ph. 790.

Ceci sauf le cas de fraude. Si la majorité vote une résolution frauduleusement contraire aux intérêts de la minorité, les tribunaux pourront annuler le vote. Fréquemment d'ailleurs les directeurs (c'est-à-dire le conseil d'administration) disposent de la majorité directement ou indirectement. Ils en profitent pour faire approuver par exemple des apports majorés des transactions, des désistements, des ventes, des opérations de tout genre dont ils retirent en sous-main des bénéfices illicites (1).

Action individuelle en cas de violation des statuts.

Outre le cas de fraude proprement dite, l'action individuelle est encore ouverte si la décision prise par la majorité va outre ou contre les statuts, autrement dit si la ratification ne pouvait pas être valablement donnée par les actionnaires, car alors on ne se trouve plus en présence d'une volonté sociale régulièrement exprimée (2).

1. *Atwood, v. Merryweather*, 37, L. J. 35 et *Foss, v. Harbottle* précité.

2. Le memorandum d'association délimite le champ d'action à l'intérieur duquel les actionnaires peuvent faire toutes les modifications qu'ils jugent convenables (*Ashbury, v. Riche*, L. R. 4. H. L. 563). Il est pour ainsi dire la partie organique et constitutionnelle des statuts, la partie à laquelle toute dérogation serait inconstitutionnelle et partant nulle. Par exemple, serait nul le vote d'une résolution tendant à réduire le capital d'une façon illégale (*Trevor, v. Whitworth*, 12, App. Cas. 409).

Pareillement là où certains associés sont lésés individuellement, l'action individuelle est le seul remède possible et les principes de l'équité doivent primer toutes règles techniques relatives à l'exercice de l'action sociale (1). Dans cet ordre d'idées, si une société augmente son capital au moyen d'une émission d'actions de priorité, les actionnaires antérieurs voient leurs droits lésés par cette mesure. Quoique les statuts aient pu conférer à l'assemblée le pouvoir d'augmenter le capital, il a été jugé qu'une augmentation faite dans ces conditions est contraire à l'égalité entre actionnaires, principe essentiel du pacte social et qu'en l'absence d'une stipulation expresse, la majorité est sans droit pour l'imposer à la minorité. L'émission d'action de priorité est donc nulle et les fonds versés doivent être restitués aux souscripteurs (2).

II

Actions diverses ouvertes à l'actionnaire.

Si la fraude dont se plaint l'actionnaire consiste dans l'émission d'un prospectus fraudu-

1. *Foss, v. Harbottle*, précité. V. p. 408.

2. *Andrew, v. Gas Meter Co.*, L. T. Rep., 75, 4896, 269.

leux, il a trois remèdes à sa disposition, à savoir : 1° faire annuler sa souscription ; 2° demander des dommages-intérêts pour cause de dol, dans les termes du droit commun ; 3° exercer l'action instituée par le *Director's liability Act* de 1890.

Action en nullité
de souscription.

L'actionnaire ne peut faire annuler sa souscription que s'il a été réellement induit à souscrire par les allégations ou les réticences dudit prospectus.

Il ne lui suffit pas d'en prouver les inexactitudes et il n'y aura présomption suffisante pour faire admettre sa demande que si les affirmations y contenues sont démontrées avoir été faites dans l'intention de tromper les souscripteurs et être clairement de nature à obtenir un tel résultat. Généralement d'ailleurs, le souscripteur fait serment qu'il a été induit à souscrire par le prospectus et qu'il n'aurait point souscrit s'il avait connu la situation vraie.

Mais cette présomption peut être renversée par la preuve contraire, notamment s'il est montré :

Qu'il a souscrit avant d'avoir connu le contenu du prospectus, ou à la suite d'un arrangement particulier avec les émetteurs, ou encore sur la foi d'affirmations émanant de personnes étrangères à la société et dont elle n'est pas responsable ;

Qu'il ne s'est pas fié au prospectus et a procédé à des vérifications personnelles (1) ;

Que les termes mêmes du prospectus indiquaient qu'il ne s'agissait que d'*on dits* à vérifier ultérieurement (2) ;

Que sa situation et son expérience des affaires rendent invraisemblable qu'il ait pu être dupé ;

Qu'il a souscrit sans s'occuper de la valeur intrinsèque de l'affaire et dans un but de spéculation. Dans *Jennings v. Broughton* (1), le juge Turner dit : « Quoique le Tribunal ait le devoir incontesté d'annuler les souscriptions surprises par fraude, il a également celui de ne pas assurer de cette façon à des spéculateurs la faculté de se retirer sans rien perdre, aux dépens de ceux auxquels ils se sont joints dans ces spéculations » ;

Qu'il a entendu conserver sa qualité d'actionnaire, même après la découverte de la fraude (3).

En outre, si l'action n'est pas exercée dans un court délai après la découverte de la situation vraie et en tout cas avant la liquidation de la société, elle ne sera plus recevable. On considère le temps écoulé sans agir comme résultant

Courte durée de
l'action en nullité.

1. *Jennings, v. Broughton*, 5, D. M. et G. 426, 47 Beav. 238 ; *Mathias, v. Yetts*, 46, L. T. 497.

2. *Re British Burmah Co*, 56. L. T. 815.

3. *Aaron's Reef Id, v. Twiss*. L. T. H. L. Août 1896, 794.

d'une confirmation tacite qu'en laissant son nom figurer sur les registres de la société (1), on a pu donner confiance à d'autres personnes (2).

Action de dol.

Au lieu d'agir par voie de nullité ou rescision, le souscripteur peut intenter une action de dol en dommages-intérêts selon le droit commun (*Action of deceit*).

Durée de six ans.

Les conditions d'exercice de cette action ne sont pas exactement les mêmes, notamment en ce que la faute lourde ne suffit pas pour motiver une condamnation et que le dol doit être prouvé. Il y a aussi une différence notable en ce qui concerne la prescription. On applique ici la *Loi 21 Jac. 1, cap. 16*, qui établit une prescription de six ans à partir de la naissance de l'action (3). Toutefois, si le demandeur prouve qu'il n'a pu raisonnablement découvrir la fraude en temps utile pour agir dans ledit délai, la prescription ne court que du moment de la découverte (4).

Action en vertu du
Director's liability
Act, 1890.

Enfin une troisième action, beaucoup plus efficace, est ouverte contre les émetteurs de prospectus ou autres publications frauduleuses, au

1. En Angleterre les actions et les obligations sont presque toujours nominatives.

2. *Oaker, v. Turquand*, L. R. 2, H. L. 323.

3. Palmer, *op. cit.*, p. 71.

4. *Gibb, v. Guild*, 9 Q. B. D. 59.

profit des souscripteurs d'actions ou d'obligations en vertu du *Director's liability Act*, 1890.

Elle est beaucoup plus favorable aux tiers que les précédentes en ce qu'elle rend les directeurs et autres émetteurs responsables des affirmations inexactes contenues ou seulement mentionnées dans le prospectus, en rejetant sur eux la preuve de leur bonne foi. Ainsi les personnes figurant comme directeurs ou émetteurs sur le prospectus de la société, ne voient pas leur bonne foi présumée et sont tenues d'indemniser les souscripteurs lésés. Elles pourront seulement prouver que leur bonne foi a été surprise à juste titre, en établissant par exemple qu'elles ont pris l'avis d'experts et d'hommes techniques considérés comme compétents et que ces avis ont du reste été fidèlement reproduit dans le prospectus. Nous n'entrerons pas dans l'énumération, minutieusement faite par la loi, des personnes auxquelles elle s'applique et des différentes hypothèses dans lesquelles la bonne foi est considérée comme établie.

On admet que cette responsabilité exceptionnelle de l'*Act* de 1890 n'est pas d'ordre public et peut être écartée par une clause spéciale, en tant du moins qu'on n'exonère point ainsi les auteurs d'affirmations non seulement imprudentes

mais encore frauduleuses (1). La jurisprudence a toujours montré la plus grande répugnance à annuler des conventions comme contraires à l'ordre public. Se basant sur l'adage : *Quilibet potest renunciare juri pro se introducto*, que chacun peut renoncer volontairement au bénéfice d'une loi (2).

Prescription de
deux ans.

En l'absence d'une disposition spéciale, la prescription applicable ici est celle de deux ans, établie par la loi 3 et 4 Will IV, c. 42. La section 3 de cette loi vise en effet : « Les actions en paiement de dommages-intérêts ou de sommes d'argent accordées à une partie lésée par toute loi présente ou future » (3).

Trustee Act 1888.

Nous verrons plus loin que la situation fiduciaire particulière aux directeurs les a fait assimiler à des *trustees*. Comme tels, ils sont soumis au *Trustee Act* de 1888 (section 8) et peuvent en invoquer la prescription de six ans établie en faveur des *trustees* de bonne foi (4). Nous ne faisons qu'indiquer ce côté de la question qui

1. *Cornell, v. Hay*, L. R. 8, C. P. 328 ; *Reg., v. Isaacs, Bottomley and others* (Palmer, *op. cit.*, 89) ; *Reg., v. Tylor*, (1891), 2 Q. B. 594.

2. *Re Thompson and Holt*, 44. C. D. 492 ; *Haigh, v. Royal, Mail etc. Co.*, 48. L. T. 267.

3. *Bonomi, v. Buckhouse*, 9 H. L. C. 503 ; *Darley Main Co, v. v. Mitchell*, 11, App. Cas., 127 ; *Read, v. Brown*, 22, Q. B. D. 128.

4. *Re Lands Allotment Co*, 1894. 1 Ch. 616.

n'a pas trait à l'intérêt de tous, car les directeurs sont *trustees* envers les actionnaires, c'est-à-dire envers la société seulement et non envers les créanciers (1).

La section 38 du *Companies Act* de 1867 exige que tout prospectus d'émission d'actions mentionne la date de tout contrat et les noms des parties ayant pris part à tout contrat passé avant l'émission par une société, ses directeurs, ses fondateurs ou ses *trustees* et pouvant influencer les souscripteurs. Une présomption de fraude est établie contre les auteurs responsables de tout prospectus muet à cet égard, au profit de tout souscripteur lésé. L'action conférée à ce dernier est une action non en rescision de souscription mais en dommages-intérêts (2). Ces contrats, relatifs généralement à l'achat et à la revente à la société des terrains, des brevets, du matériel etc., destinés à son exploitation, servent à assurer la rémunération des fondateurs et lanceurs de l'affaire ; ils peuvent être et sont fréquemment onéreux aux actionnaires. On comprend donc que ces derniers doivent être avertis de leur existence.

Contrats préalables à l'émission.

Mais cette protection législative ne s'applique

1. *Poole's case*, 9. C. D. 322.

2. *Gover's case*, 1. C. Div., 182.

pas aux obligataires ; on s'explique ainsi que dans certains cas, les directeurs préfèrent recourir à un emprunt plutôt qu'à une augmentation de capital.

CHAPITRE VI

RESPONSABILITÉ DES AGENTS D'UNE SOCIÉTÉ

I

Qui est agent responsable?

Les agents d'une société sont en ce qui concerne notre sujet, c'est-à-dire pour tout ce qui a trait à la gestion de la société, notamment les directeurs, secrétaires et *auditors* (commissaires des comptes). La responsabilité qu'ils peuvent encourir vis-à-vis des tiers est certainement différente de celle vis-à-vis des actionnaires. Néanmoins la seconde a une répercussion sur la première. Ainsi par exemple, celle d'un secrétaire envers les tiers dépend de l'étendue des fonctions que lui ont confiées ses mandants et il ne saurait en principe répondre de l'omission d'actes qu'il n'était point chargé d'exécuter ou de faire exécuter.

Agents responsables de la gestion.

Toute notre matière est régie par les prin-

Les directeurs sont
assimilés à des
trusts.

cipes du mandat ; cependant, et ceci s'applique surtout aux directeurs, les agents d'une société sont des mandataires d'une nature particulière. Ils sont investis d'une mission de confiance qui comporte d'assez larges pouvoirs discrétionnaires. Ils ont été à ce point de vue, assimilés à des *trustees* dès l'origine des sociétés par actions.

Ce sont les nécessités de la pratique qui ont amené cet élargissement des principes du mandat. Ainsi un directeur qui, d'après les statuts, n'a pas le droit d'emprunter, le fait cependant. La société pourra ensuite être poursuivie valablement en remboursement des avances. En fait le directeur a agi sagement et dans l'espoir de sauver la société d'une ruine certaine. Quoiqu'il soit très certainement un mandataire, il est ici jusqu'à un certain point un *trustee* et comme tel a pu lier ses commettants envers les tiers prêteurs. Il n'y a rien de contradictoire dans ce cumul de deux qualités ; si on ne peut invoquer contre lui celle de mandataire, on invoquera celle de *trustee* (1).

Cette situation fiduciaire des directeurs les empêche de prendre eux-mêmes la qualité de tiers vis-à-vis de la société. Ainsi ils ne doivent

1. *Re German Mining Co*, 4, de G. M. and G. 49, 1853.

pas sacrifier ses intérêts aux leurs. Cette obligation ne va point toutefois jusqu'à nuire à leurs intérêts, de façon par exemple à les empêcher de stipuler de la société une somme d'argent en échange de leur démission. En cas de fusion de deux sociétés, certains directeurs peuvent être inutiles dans la nouvelle organisation et il est parfaitement licite de les indemniser, à condition que ces compensations pécuniaires ne soient pas stipulées secrètement (1).

Quelquefois les statuts interdisent aux directeurs de prendre part aux votes relatifs aux contrats auxquels ils sont intéressés et annulent son vote s'il a eu lieu. Le simple fait que le contrat a été signé par le directeur intéressé ne prouve pas que les statuts aient été violés et que le contrat soit annulable. Car l'intérêt du directeur peut n'être pas apparent; le contrat peut alors être invoqué par la société et par les tiers (2).

Vote par un directeur d'un contrat où il est intéressé.

De même si le directeur d'une Cie a une créance contre elle, il est dans une double situation contradictoire. D'une part il est *trustee* de la Cie et doit employer l'actif au paiement de tous les créanciers indistinctement; d'autre part il est créancier et intéressé à être payé. Sa

Directeur créancier de sa société.

1. *Southall, v. British Mutual Co*, 6, C. 614.

2. *Davies, v. Bolton and Co*, (1894), 3 Ch. 678.

situation fiduciaire lui interdit d'avantager aucun créancier, notamment lui-même et par exemple, de se faire rembourser sachant que l'insolvabilité est imminente. Toute opération tendant à un remboursement de ce genre doit donc être annulée. Si un directeur veut être payé, il doit démissionner et obtenir un jugement exécutoire contre la C^{ie} (1).

II

Nature de la responsabilité.

Nature de la responsabilité, solidarité.

Les directeurs ont vis-à-vis les uns des autres un devoir de surveillance mutuelle. Chacun d'eux est responsable des fautes qu'il a laissé par négligence ses co-directeurs commettre. Autrement dit la faute lourde est assimilée au dol dans le quasi-délit de *breach of trust* que l'on peut traduire par abus de confiance.

Le cas se présente fréquemment pour des prospectus contenant des allégations frauduleusement mensongères de nature à tromper le public sur la situation de la société. La question

1. *Gaslight etc. Co, v. Terrell*, 40 Eq, 168.

qui se pose est de déterminer dans quelle mesure se trouve engagée la responsabilité des co-directeurs qui n'ont pas directement participé à la fraude. D'après les circonstances de fait, le co-directeur sera souvent jugé complice tacite de la fraude. C'est ce qui a été décidé dans un cas où il avait consenti à la publication non pas du prospectus incriminé en particulier, mais d'un prospectus d'émission, tout en connaissant la mauvaise situation de la C^{ie}. Il savait donc qu'aucun prospectus véridique ne pouvait être publié; les juges en conclurent qu'il avait autorisé la fraude commise (1).

L'affaire *Ashurst v. Mason* (2) montre bien jusqu'où peut aller le devoir de contrôle de chaque directeur. En exécution d'une résolution extrastatutaire du conseil d'administration, des actions avaient été achetées et mises pour la forme au nom du directeur A. Des versements ayant été appelés sur ces actions et payés par A., il fut jugé par le tribunal que les autres directeurs étaient tenus d'en supporter leur quote-part. Or un directeur local venu à Londres pour assister à la séance suivante où fut lu et adopté le procès-verbal relatant l'achat des titres et leur mise au nom d'A., fut déclaré tenu solidai-

Responsabilité à raison de simple négligence.

1. *Peek, v. Gurney*, L. R. 6, H. L. 377.

2. 20 Eq. 225.

rement avec ses collègues, quoiqu'étant arrivé après le début de la séance et n'ayant point pris connaissance du procès-verbal. Toutefois un autre directeur local présent à une séance ultérieure où fut seulement approuvé le transfert effectué au nom d'A., fut déchargé comme n'ayant pas été tenu de connaître l'opération et ses irrégularités.

Le simple défaut de surveillance mutuelle des directeurs suffit donc à les rendre responsables. On trouve, il est vrai, des cas où un directeur coupable d'une pareille faute est mis hors de cause par les juges, mais le motif de ces décisions doit être recherché dans l'insuffisance des moyens présentés par les demandeurs (1). Dans *Weir v. Bell*, les demandeurs accusaient les co-directeurs de complicité frauduleuse sans pouvoir prouver l'élément volontaire contre l'un d'eux récemment entré en fonctions et qui ignorait la situation de la Cie au moment de l'émission faite d'ailleurs en son absence et à son insu. Il n'avait donc pas participé à la fraude. Un des juges seulement voulut chercher la source de la responsabilité encourue dans la négligence du co-directeur en invoquant le précédent (cité plus haut) de *Peek*

1. *Cargill, v. Bower*, 10 C. D. 502; *Weir, v. Bell*, 3 Ex. Div. 238.

v. Gurney. Mais ses collègues ne le suivirent pas sur ce terrain.

Il est impossible d'ailleurs de formuler des règles précises sur ce qui constitue la négligence. Tout dépend des faits de chaque espèce. Ainsi l'absence aux séances du conseil d'administration n'est pas toujours une négligence et peut être justifiée par les circonstances (1).

Il faut aller plus loin encore et déclarer qu'un directeur peut être déclaré responsable des conséquences d'actes qu'il a essayé d'empêcher. L'affaire *Ramshill v. Edwards* (2) en offre un exemple assez caractéristique : un directeur après s'être vivement opposé à un prêt discuté par le conseil, consentit à la séance suivante à signer le chèque tiré au bénéfice de l'emprunteur. Le prêt était insuffisamment garanti et malgré son opposition primitive, le directeur en donnant sa signature fut jugé avoir ainsi engagé sa responsabilité personnelle conjointement avec les autres directeurs. Il fut au contraire déchargé au sujet d'un autre prêt consenti et réalisé en son absence, quoiqu'il eût été présent à la séance suivante où le procès-verbal de l'autre séance avait été lu et adopté.

Limites de la solidarité.

1. *Marquis of Bute's case*, 1892, 2 Ch. 404.

2. 31 C. D. 400.

Dividendes fictifs.

La distribution de dividendes fictifs est également une source de responsabilité fréquente tant pour les directeurs que pour les *auditors*. Alors même qu'il y a un directeur-gérant (*managing director*) et que c'est lui qui dresse les inventaires et fait ressortir des bénéfices apparents, il a été jugé maintes fois que les autres directeurs sont en faute d'avoir laissé surprendre leur bonne foi, que l'*auditor* doit entrer dans le détail des comptes et vérifier la véracité des inventaires au lieu d'accepter de confiance les déclarations du gérant (1).

En un mot, la jurisprudence actuelle ne permet point aux agents d'une société d'esquiver toute responsabilité en alléguant leur bonne foi et la régularité apparente de la gestion. Supposons que le directeur-gérant se livre à une circulation d'effets de complaisance et se fasse consentir des prêts déguisés pour faire apparaître un solde créditeur justifiant la distribution d'un dividende. Les co-directeurs pourront être condamnés solidairement avec lui malgré leur bonne foi non parce qu'ils se sont trompés sur l'appréciation des bénéfices, mais parce qu'ils s'en sont remis à leur collègue ou à l'*auditor* du soin d'examiner et d'apprécier l'origine du solde créditeur.

1. *The Leeds Estate etc.*, v. *Shepherd*, 1887, 36 C. D. 787.

L'*auditor* de son côté sera déclaré en faute de n'avoir pas reconnu que les bénéfices étaient purement apparents, par exemple que les prêts à court terme étaient indéfiniment renouvelés par les banquiers et que certaines sommes créditées en fin d'année, au moyen de l'escompte de traites sans valeur réelle, n'étaient portées au crédit que temporairement au moment de la vérification des comptes. Son devoir s'étend donc aujourd'hui beaucoup plus loin que la simple vérification matérielle des comptes (1). Ce dernier point a toutefois été longtemps discuté.

III

Causes de la responsabilité.

Si les actes illicites des directeurs ont été commis avec l'approbation des actionnaires, la responsabilité des directeurs demeure cependant entière. Nous avons vu, il est vrai, que si l'irrégularité consiste simplement dans le défaut d'autorisation de la part des actionnaires, elle se trouvera couverte par cette autorisation donnée après coup. Mais s'il s'agit de quelque chose que

Causes de la responsabilité des directeurs.

1. *London and general Bank ld.*, 2 Ch. 166 ; 72 L. T. 611.

ni les actionnaires ni les directeurs n'avaient le droit de faire, l'ordre donné par les actionnaires ne peut aucunement dégager les directeurs (V. p. 109, note 2). Si par exemple, il s'agit d'un remboursement partiel du capital sous forme de dividendes fictifs, les directeurs sont solidairement et directement responsables envers les créanciers dont ils ont diminué le gage (sauf bien entendu leur recours contre les actionnaires s'il y a lieu). Il y a là une dilapidation (1) de fonds qui tombe sous l'application de l'*Act* de 1862, s. 165 (2).

Estimation des bénéfices.

L'estimation des bénéfices est une question épineuse et il n'y a pas moins de quatre systèmes en présence. La jurisprudence n'est d'ailleurs pas nettement fixée. Il n'entre pas dans le

1. Le terme anglais est *misapplication*.

2. *Re National Funds Insurance Co*, 40. C. D. 448 ; *Rance's case*, 4871. 6 Ch. 404. La jurisprudence interdit rigoureusement toute restitution déguisée du capital. Ainsi dans l'affaire *Trevor, v. Whitworth* (12 App. Cas. 409), la Cour d'appel avait jugé valable une clause des statuts autorisant la société à racheter ses propres actions. Mais la Chambre des Lords décida en dernier ressort qu'il y avait là un moyen déguisé de réduire le capital et qu'une telle réduction était tout aussi préjudiciable aux créanciers que si la somme était répartie également entre tous ces actionnaires. Toutefois une réduction de capital opérée en annulant des actions achetées au moyen des bénéfices a été sanctionnée par la justice (*York Glass Co*, W. N. 79 (1889)).

cadre de ce travail de les examiner au fond ; aussi malgré tout leur intérêt juridique et économique, nous nous contenterons d'en indiquer l'intérêt au point de vue des tiers.

La principale difficulté est celle de l'amortissement. Quand il s'agit d'une société à durée forcément limitée, peut-on exiger d'elle qu'elle conserve son capital social intact jusqu'au jour de sa dissolution ? Ou bien lui est-il loisible de procéder à une diminution graduelle de l'actif pourvu qu'il se trouve toujours égal ou supérieur au passif ? Le juge Lindley a hardiment tranché la question affirmativement dans l'affaire *Lee v. Neufchatel Co* (1). Cette théorie a été acceptée avec hésitation par la Cour d'appel dans l'affaire *Verner v. General Commercial Trust*

1. 41 C. Div. Ce magistrat dont l'opinion a une autorité considérable en matière de Sociétés, s'est exprimé ainsi dans cette affaire : « Si une compagnie est formée pour acquérir et exploiter une propriété de nature périssable, par exemple une mine, une carrière ou un brevet, le capital consacré à l'achat peut être considéré comme absorbé sans retour pourvu que la compagnie retienne par devers elle un actif suffisant pour payer ses dettes. Selon moi, il n'y a rien dans la loi qui interdise la répartition aux actionnaires de la différence entre le prix de revient et le prix de vente ; et je trouve cette manière de voir fondée, même quand en fait il y a eu vente d'une partie de la propriété acquise et par suite une diminution du capital... C'est, je pense, une erreur de dire que la répartition d'une propriété périssable après paiement des dépenses constitue un remboursement du ca-

Syndicats à garantie limitée.

Co) (1), avec une variante relative au maintien du fonds de roulement seulement. Mais un auteur dont l'avis fait autorité en la matière (2) s'oppose vigoureusement à toute restitution du capital nominal sous quelque forme que ce soit. Si on tient à procéder autrement, il faut, dit-il, former un syndicat à responsabilité limitée sans indication de capital nominal (*limited by guarantee*). Mais il y a là un procédé nouveau et qui commence seulement maintenant à se généraliser. Il fut suggéré par M. Palmer il y a environ neuf ans (V. la cinquième édition de son traité). Cet auteur fit ressortir l'avantage qu'il pouvait y avoir dans certains cas à ne pas avoir

pital dans le sens où la loi l'interdit... » D'après ce magistrat, il ne faut pas prendre au pied de la lettre l'idée que les dividendes ne doivent pas être pris sur le capital : « Si vous l'interprétez d'une façon abstraite en disant qu'aucun dividende ne peut être distribué s'il provient de sommes représentant le prix de vente de choses achetées avec le capital, vous vous trouvez amené à tirer des conséquences contraires au plus élémentaire bon sens. »

1. 1894 2 ch. 239 ; 63. L. J. Ch. 456 ; 70 L. T. 516 ; 1, *Manson*, 136 ; 7 R. 170. Dans cette affaire et dans *Wilmer, v. Mac Namara and Co*, L. T. R. Juin 1895, Ch. D., il est décidé en substance que les statuts peuvent valablement autoriser (même implicitement) la disparition graduelle du capital fixe (immeubles, concessions, brevets, achalandage outillage etc.), pourvu que le dividende ne soit pas pris sur le fonds de roulement qui doit demeurer intact. Cela revient à dire qu'on peut considérer comme dividende le solde créditeur du compte *Profits et pertes*.

2. Palmer, *op. cit.*, p. 439.

de capital nominal et à réduire la responsabilité de chaque associé à une somme purement nominale, une livre sterling par exemple. Plusieurs sociétés se formèrent sur ces bases, mais le *registrar* chargé de l'enregistrement des statuts des sociétés souleva des objections sur leur régularité ; il finit toutefois par consentir à les enregistrer à condition que le memorandum d'association serait muet au sujet des actions. En 1894, il fut jugé que les articles d'association postérieurs au memorandum pouvaient valablement établir la division de l'actif social en parts d'intérêts ou actions (1) et être ensuite enregistrés. Le *registrar* accepta cette décision à laquelle la pratique se conforme maintenant (2).

Cette forme de société est très utile en ce qu'elle permet aux associés de disposer de leur capital comme ils l'entendent et de se le répartir entre eux par portions successives (exploitation de mines, de carrières, de brevets, etc.) (3). Elle

ils permettent de répartir le capital entre associés.

1. *Malleson, v. Général Mineral Patent syndicate* : 1894, 3 Ch. 538.

2. *Palmer, op. cit.*, p. 391.

3. Le nouveau projet de loi supprime toute incertitude en disposant (sect. 42), qu'une compagnie à garantie spécialement limitée (*limited by guarantee*) pourra avoir un capital divisé en actions, si le memorandum d'association le décide et fixe en outre le montant du capital (lequel pourra être augmenté ou diminué conformément un droit commun) ainsi que le nombre d'actions.

est très usitée également par les sociétés d'assurance mutuelle.

Définition des bénéfices.

Quoi qu'il en soit, revenons aux sociétés ordinaires et à la façon d'estimer les bénéfices annuels. Le juge Jessel les définit ainsi : Le surplus restant après le paiement des dépenses et le rétablissement du capital à la valeur qu'il avait un an auparavant (1).

Cette définition est critiquable, car elle conduisit le juge à isoler chaque exercice et à décider que, conformément aux statuts, les actionnaires ayant droit aux bénéfices annuels, pouvaient ainsi toucher des dividendes sans tenir compte des années précédentes. En outre, cette interprétation étroite du terme « bénéfices » permet aux directeurs d'établir les comptes de manière à faire apparaître des bénéfices tous les deux ou trois ans et à reporter les pertes sur les années intermédiaires. Ils peuvent ainsi rendre peu à peu tout le capital aux actionnaires, au détriment des créanciers.

Amortissement.

L'intérêt des créanciers est évidemment qu'au fur et à mesure de la consommation du capital, il soit reconstitué intégralement. En pratique, c'est ce qui a lieu dans la plupart des cas et les tribunaux y tiennent la main. Ainsi, en matière

1. *Dent., v. London Tramways*, 46. C. D. 344.

d'exploitation de tramways, il a été jugé que les bénéfices ne pouvaient être distribués sous forme de dividendes qu'après une dotation suffisante du chapitre des amortissements (1). L'amortissement de l'outillage pour être suffisant doit être réglé de telle sorte que l'outillage soit entretenu ou renouvelé de façon à fonctionner jusqu'à la dissolution de la société, jusqu'à l'épuisement de la mine par exemple.

Quant à la réduction judiciaire du capital qu'ont organisée les lois anglaises, elle est régie par les *Acts* de 1867 et de 1877. La réduction peut porter sur le capital définitivement perdu ou irréalisable ou bien sur le capital existant encore mais dépassant les besoins de la société. Un exemple fréquent de ce dernier cas est la suppression totale ou partielle des versements encore dus sur les actions.

Réduction judiciaire du capital.

Quel que soit le mode employé, l'autorisation de justice doit être obtenue (2). Les intérêts des créanciers sont sauvegardés au moyen d'une publicité dont les termes sont laissés à la discrétion du tribunal. A cet effet le tribunal demande communication de la liste des créanciers et ordonne presque invariablement qu'ils

1. *Davison, v. Gillies*, 16. C. D. 347.

2. *British etc., corporation, v. Couper*, (1894), A. C. 399. (Décision de la Chambre des Lords).

soient informés de la réduction proposée et que leur consentement soit obtenu. En outre, la raison sociale doit être temporairement modifiée par l'insertion des mots « *and reduced* » (1).

Le consentement d'un créancier peut être remplacé par l'affectation à son remboursement des garanties dont l'appréciation appartient au tribunal (2).

En vertu de l'Act de 1877 (section 4), les créanciers n'ont d'ailleurs pas le droit de s'opposer à la réduction, s'il n'en doit résulter aucune diminution sur les versements non encore effectués, ni aucun remboursement aux actionnaires sur le capital versé (c'est-à-dire lorsqu'il s'agit simplement d'annuler le capital perdu ou des actions qui se trouvent valablement aux mains de la société soit parce qu'elle les a acquises sans bourse délier, ou au moyen de bénéfices).

Omissions et erreurs commises par les directeurs.

Toute erreur et toute omission d'un créancier sur la liste présentée aux juges engage directement la responsabilité du directeur par les soins de qui elle a été dressée.

Commissions aux intermédiaires.

Une pratique souvent illicite quoique très

1. Par exemple : *Albert New Mills Co, limited and reduced*.

2. Act. de 1867, section II. *Patent Ventilating Co*, 1879, 12 Ch. D. 254.

usitée est le paiement de commissions aux intermédiaires pour faciliter le lancement des émissions d'actions. On décide que les directeurs sont tenus d'en verser le montant dans l'actif de la société avec intérêt à 4 0/0. Les tribunaux ont, en effet, jusqu'ici considéré qu'il y a là une infraction au *Companies Act* de 1862 (s. 25), d'après laquelle le montant de chaque action doit être versé intégralement. Cette doctrine est inspirée par l'intérêt des tiers qui doivent pouvoir compter sur un capital effectif égal au capital nominal (1). Il s'ensuit qu'elle est licite pour les émissions d'obligations et que celles-ci peuvent être offertes au-dessous du pair.

Toutefois il est permis à une société de payer ses frais de constitution et de faire de la publicité pour solliciter des souscriptions ; mais elle ne doit rémunérer personne pour le faire souscrire. En fait, il est extrêmement difficile de tracer la ligne de démarcation au-delà de laquelle la responsabilité des directeurs se trouvera engagée. L'objection qui se présente à l'esprit est la suivante : une société peut certainement payer les frais de publicité de son émission (2) ; pourquoi alors ne pourrait-elle pas

Publicité raisonnable considérée comme licite.

1. *Faure electric accumulators Co*, 40. C. D. 441.

2. V. les explications données par le juge Lindley dans

rémunérer l'intermédiaire qui se charge de la publicité moyennant un prix et pourquoi cette rémunération ne serait-elle pas fixée à raison de tant par action placée ? Ce raisonnement est spécieux et paraît légitimer l'opération.

La réponse est que le résultat pratique est le même si l'on paye une personne pour l'engager à souscrire ou si l'on paye une autre personne pour engager la première à souscrire. C'est émettre l'action au-dessous du pair, ce qui est illégal. L'honnêteté et la bonne foi des directeurs ne saurait les exonérer, ils doivent rembourser la différence. Il faut admettre que le paiement d'une commission de tant par action placée n'est pas, quoi qu'il y paraisse, la rémunération d'un travail licite effectué. En substance, l'intermédiaire vient dire aux représentants de la Compagnie : « Je connais un capitaliste que je peux convaincre de souscrire dix mille actions, donnez-moi cinq mille francs et je le ferai. » Dans l'affaire précitée (*Faure. v. Electric accumulators Co*), le juge Kay blâma énergiquement cette pratique (1).

The Metropolitan Coal consumers etc. v. Scrimgeour, L. T. Rep. octobre 1895.

1. Voici les termes employés par le magistrat : «... On reconnaît ainsi qu'à moins de rémunérer des spéculateurs sur le capital, il n'y avait aucune chance de passer les actions au public. Mon opinion est que cette manière de faire

Il va de soi que les directeurs ne sauraient être responsables des fraudes commises par les intermédiaires sans leur approbation au moins tacite. Supposons que les directeurs aient donné ordre à des courtiers (*brokers*) de rédiger un prospectus présentant au public une émission d'obligations votée par les actionnaires, les courtiers seront ici les mandataires non des directeurs mais de la société. Dès lors, la société et les courtiers sont, à l'origine tout au moins, seuls responsables envers les tiers des allégations frauduleuses du prospectus. La res-

Fraudes des intermédiaires, responsabilité des directeurs.

est extrêmement préjudiciable aux affaires en général. Il faut y mettre un terme... Supposez que le boursier vienne dire franchement à la société : « Je n'ai aucune confiance dans l'affaire, je ne voudrais pas y souscrire moi-même. Mais payez-moi et je vous trouverai des gens naïfs que je persuaderai de souscrire ». Serait-ce là quelque chose de licite ? Eh bien, c'est plus ou moins ce qui se passe dans tous ces cas là. »

Toutefois si la commission est stipulée au grand jour, les objections faites perdent une grande partie de leur valeur. Aussi le projet de loi actuellement pendant permet-il le paiement de ces commissions, escomptes ou rabais, à condition que d'une part les statuts les autorisent et en fixent le montant maximum et que d'autre part ces clauses soient insérées dans le prospectus l'émission, s'il y en a un.

Les directeurs complices d'une infraction à ces règles seront en outre tenus solidairement de verser à la société le montant desdites primes ou commissions avec les intérêts au taux fixés par le tribunal ; sans préjudice de la responsabilité de celui qui les aura reçues sachant qu'elles étaient prélevées sur le capital de la société.

ponsabilité des directeurs ne naîtra que si ayant lu le prospectus (et ils auront en général le devoir de le lire) et connaissant la fausseté de ses affirmations, ils laissent néanmoins l'émission se faire. Ce n'est plus, dès lors, une responsabilité encourue en tant que mandants, mais bien une responsabilité personnelle encourue en tant que directeurs (1). Mais si le dol a été commis verbalement par un intermédiaire non autorisé, les directeurs échapperont à toute responsabilité à cause de leur bonne foi et la société également. La personne trompée aura seulement une action en dommages-intérêts contre l'auteur de la fraude (2).

IV

Cause de la responsabilité des agents (suite).

Actes illicites en dehors du mandat.

Nous allons passer rapidement en revue les actes illicites qui engagent envers les tiers la responsabilité des agents d'une société et notamment des directeurs lorsqu'ils sont accomplis en dehors de tout mandat. Dans certains

1. *Weir, v. Bell*. 3 Ex. Div 238 *précité*.

2. *Lyndee, v. Anglo-Italian Hemp Spinning Co, L.* T. décembre 1895, 502. C. Div.

cas que nous verrons dans un autre chapitre, la responsabilité des actionnaires peut se trouver engagée également à raison d'actes de cette nature. L'expression « en dehors de tout mandat » s'applique ici au fond et non à la forme de l'acte frauduleux lequel peut être fait par l'agent dans l'exercice de ses fonctions et néanmoins en dehors de son mandat. Ainsi le secrétaire d'une société, questionné par des tiers est directement responsable s'il donne sciemment de faux renseignements sur la valeur des obligations de la Compagnie. par exemple pour engager la personne qui lui demande les renseignements à acheter des obligations à un tiers son complice (1).

Il en est de même des nombreux cas où les directeurs abusent de leurs fonctions pour se procurer des bénéfices illicites qui nuisent tant aux tiers qu'aux actionnaires. Ainsi supposons que les directeurs voyant approcher l'insolvabilité de la société fassent des versements anticipés sur les actions dont ils sont propriétaires et se payent leurs appointements au moyen des fonds ainsi obtenus. Il a été jugé que si la demande en liquidation de la société est faite dans les trois mois après ce paiement, il y a là

Bénéfices illicites
des directeurs.

1. *British Mutual Co, v. Charnwood... Rail Co*, 18, Q. B. D. 714.

une préférence frauduleuse interdite par la section 164 du *Companies Act* de 1862 (1). Cette disposition écarte, en effet la clause dite de crédit mutuel (c'est-à-dire de compensation) de la Loi sur les faillites ou *Bankruptcy Act* de 1883 et interdit toute compensations] et autres paiements privilégiés entre une société et ses membres. Les sommes ainsi encaissées doivent être restituées à la société avec intérêts à 4 0/0 et les directeurs viennent au marc le franc pour leurs appointements.

Commissions secrètes consenties par les fournisseurs.

Les sources de gains illicites pour les directeurs sont d'ailleurs extrêmement nombreuses. Une des plus usitées est la suivante : les statuts portent que le ou les directeurs ne toucheront aucune rémunération tant que l'intérêt servi aux actionnaires n'atteindra pas par exemple 15 0/0. Cette clause leur est peu onéreuse s'ils comptent sur les bénéfices irréguliers en question. Au moyen d'arrangements occultes avec les fournisseurs, les prix des ventes faites à la société sont majorés et la différence avec le prix normal est partagée entre les complices. Le préjudice causé dépasse donc le bénéfice fait par l'agent de la société et des dommages-intérêts pourront être réclamés au fournisseur éga-

1. *Washington Diamond Mining Co*, 1893, 3 C. 412.

lement. Dans certains cas assez délicats à déterminer, la société a même une action réelle, une véritable *rei vindicatio* sur la commission touchée par son mandataire ou même, le cas échéant, un droit de suite sur sa contre-valeur. Le mode de paiement de la commission illicite semble avoir une assez grande importance pour cette détermination. Si l'agent chargé de payer le fournisseur garde pour lui une partie du prix, l'action réelle naît certainement puisqu'il a détourné les deniers mêmes de la société. La solution est différente si, au lieu d'être retenue, la commission avait été payée par le fournisseur sous forme de « pot de vin ». Il a été jugé que la société a alors un simple droit de créance et ne peut réclamer de droit réel sur les immeubles achetés avec ces gains légitimes (1). Au point de vue des tiers, l'intérêt de la distinction est qu'avec l'action réelle, la société ou ses représentants ne subiront pas le concours des autres créanciers.

Action réelle en restitution.

Action personnelle

Un directeur est personnellement responsable nous l'avons vu d'un emprunt irrégulier fait pour le compte de la société. Il est seul responsable si d'une part le tiers prêteur ne pouvait pas raisonnablement croire à la régularité

Evaluation des dommages-intérêts.

1. *Lister et Co, v. Stubbs*, 45. C. Div. I.

de l'opération et si, d'autre part, la société n'en a retiré aucun profit. Dans ce cas il peut arriver que les dommages-intérêts exigibles soient inférieurs à la somme prêtée y compris les intérêts. En effet, si la société devenait insolvable, le prêteur en supposant l'emprunt régulier ne toucherait qu'un dividende. Le préjudice causé devrait donc se mesurer au dividende qu'aurait obtenu le prêteur s'il avait en face de lui la société comme débitrice.

V

Limites conventionnelles de la responsabilité des directeurs.

Limites conventionnelles de la responsabilité des directeurs.

La responsabilité des directeurs très grande selon le droit commun peut être fort restreinte par les statuts. Dans l'affaire *Denham and Co* (2), un directeur qui avait proposé aux actionnaires la distribution d'un dividende fictif fut déchargé de toute condamnation en raison de sa bonne foi. D'après le droit commun, il aurait été, nous l'avons vu, responsable à raison de sa négligence

1. *Weeks, v. Propert*, L. R. 8. C. P. 427 ; 21 W. R. 676 ; 42, L. J. C. P. 429.

2. 23. C. D. 732.

dans l'accomplissement de ses devoirs de directeur. Il n'avait point assisté aux séances du comité et s'était abstenu de tout acte de gestion à cause des pouvoirs extraordinaires conférés par les statuts au directeur général. En fait il avait été trompé ainsi que la plupart des actionnaires. Or aux termes de cette décision, personne n'est tenu de présumer qu'on le trompe ; et quoiqu'il puisse en être autrement pour un *trustee*, un directeur trompé ne peut être rendu responsable pour ce seul motif. Autrement sa position serait intenable. Il est suffisamment couvert en nommant une personne compétente et honorable pour vérifier les comptes tant qu'il n'a aucune raison de soupçonner une fraude.

Ces considérants émanés du juge Chitty ne paraissent pas se concilier très exactement avec les nombreuses décisions où la situation fiduciaire est assimilée à celle d'un *trustee*. Le directeur dont il s'agit ne pouvait se croire totalement déchargé de tout acte de gestion ou même de contrôle par cela seul que les pouvoirs principaux étaient concentrés dans une autre main que la sienne. Il ne pouvait sérieusement imaginer avoir gagné ses émoluments rien qu'en laissant son nom figurer sur la liste des membres du Conseil.

Limites des restrictions conventionnelles.

Quoi qu'il en soit les fraudes peuvent être assez

bien dissimulées pour qu'un directeur ne puisse les découvrir tout en s'acquittant de ses fonctions avec une diligence suffisante. Il n'est pas tenu d'examiner les livres en détail et ne saurait par exemple être contraint de libérer des actions qu'il n'était pas tenu statutairement d'avoir et qui lui ont été allouées à son insu (1).

Influence de la nature de la société.

En outre la nature de la société peut influencer considérablement sur la responsabilité des directeurs. Si la société a pour objet la spéculation mobilière (*trusts* et *omniums*) ou immobilière, les directeurs tout en continuant d'être assimilés à des *trustees* ne sont plus assujettis aux mêmes règles de prudence que les *trustees* dans le choix des placements et ils peuvent employer les fonds de la société à des avances gagées sur des valeurs de spéculation sans encourir aucune des responsabilités qui retomberaient sur des *trustees* en cas de réalisation à perte (2).

Sociétés de spéculation.

Estimation des bénéfices par experts

En matière de spéculation immobilière, les directeurs peuvent même s'en remettre à des tiers du soin d'évaluer les éléments du dividende (3). Car les évaluations d'immeubles diversement situés sont généralement extrêmement

1. *Hallmark's case* 9 C. D. 329.

2. *Sheffield... society, v. Aizlewood*, 44. C. D. 412.

3. *Re Midland Land and investment Trust corporation*, 1886, cité par Palmer, *op. cit.*, p. 441 (5^e éd.).

déliçates et exigent des hommes spéciaux en faisant profession. Il ne suffit pas d'ailleurs d'avoir égard aux plus-values existantes à l'époque de l'expertise, chose déjà difficile, il faut encore supputer leur permanence probable, c'est-à-dire examiner si et dans quelle mesure elles existeront encore à l'époque présumée de la réalisation de chacune d'entre elles (V. décision précitée).

Ces experts pourraient bien entendu être poursuivis par tout intéressé s'ils avaient commis des fautes lourdes dans leurs évaluations.

S'il s'agit de spéculations purement mobilières, la responsabilité des directeurs se présente d'une façon analogue. Ils sont fréquemment dans l'obligation d'évaluer des bénéfices réels mais non encore liquidés et si une fois le dividende distribué la plus-value disparaît, ou même si la créance est perdue totalement par suite d'insolvabilité du débiteur, la responsabilité des directeurs de bonne foi ne sera pas pour cela engagée, quoique le capital gage des créanciers se soit trouvé diminué par la distribution du dividende (1). La raison est que pour apprécier une responsabilité il faut se placer à l'époque où elle a été encourue.

Bénéfices non encore liquidés,

Peuvent être valablement distribués.

1. *London and general Bank*, 1894, 11, T. L. R. 156.

VI

*Responsabilité des auditors**Auditors.*Loi applicable,
controverse.

Les limites de la responsabilité des *auditors* (commissaires des comptes) sont encore plus débattues que pour les directeurs. Une question longtemps pendante a été de savoir s'ils sont des agents (*officers*) de la société, selon les termes de la section 10 du *Winding up Act* (Loi sur les liquidations) de 1890. L'intérêt de la question réside principalement dans la différence de compétence. S'ils ne sont pas des agents de la société, ils ont le droit d'être jugés par devant jury et la procédure de la Cour de Chancellerie ne leur est point applicable. En ce sens on a prétendu que leur situation les rend indépendants des directeurs, qu'ils n'ont pas de relation fiduciaire vis-à-vis d'eux ni même vis-à-vis des actionnaires. En outre, pour être agent d'une C^{ie}, il faut, a-t-on ajouté, être de ceux auxquels la C^{ie} a confié une portion de son actif. On tirait encore un argument de texte de la s. 7 du *Companies Act* de 1879 ainsi conçu ; « Aucun directeur ou agent (*officer*) d'une société ne pourra être nommé *auditor* ». C'est donc que ces deux

qualités d'agent et d'*auditor* sont incompatibles et contradictoires. Enfin des arguments d'analogie étaient tirés de la jurisprudence d'après laquelle le *solicitor* (1) et le banquier d'une société n'en sont pas les agents.

La jurisprudence est aujourd'hui fixée en sens contraire et il faut considérer les *auditors* comme les agents de la société dont ils vérifient les comptes (2). L'*auditor* est nommé et payé par elles, il est donc son agent. Il est indépendant des directeurs par la simple raison qu'il existe pour les surveiller et défendre contre eux les intérêts de la C^{ie}. Quant à la section 7 de l'Act de 1879, elle doit s'entendre en ce sens qu'un *auditor* ne peut cumuler cette fonction avec celle de directeur ou tout autre emploi dans la société.

Ils sont des agents de la société.

La relation fiduciaire existe sans aucun doute entre l'*auditor* et la société. La fraude ou la négligence apportée dans l'exercice de ses fonc-

Situation fiduciaire de l'*auditor*.

1. Un *solicitor* remplit les fonctions d'avoué et de notaire.

2. *Re Imperial Land Co of Marseilles*, L. R. 40. Eq. 298 ; *Re Kingston Cotton Mill Co* 73. L. T. Rep. 482 ; (1896). 1 Ch. 6 et *Re London and général Bank*, 72, L. T. Rep. 227, 644, 1893, 2 Ch. 166. Il faut bien entendu qu'il s'agisse d'*auditors* remplissant véritablement ces fonctions et non de simples comptables ayant pu être appelés pour procéder à des vérifications accidentelles (*Re Western counties Steam Bakeries...* ; *ex parte Parsons and Robjert*, L. T. Rep., avril 1897, 239.

tions rentrent sans difficulté dans les termes de la section 10 de l'*Act* de 1890 et du reste, on ne saurait admettre que la loi ait voulu laisser au jury une tâche qu'il serait incapable de remplir, à savoir l'investigation minutieuse et prolongée des comptes.

Le nouveau projet de loi confirme la solution admise.

Cette jurisprudence est d'ailleurs à la veille de recevoir une confirmation législative, car l'article 34 du projet de loi sur les sociétés par actions actuellement pendant devant le Parlement applique expressément aux *auditors* la section 10 du *Winding up Act* de 1890.

Il en résulte une extension des responsabilités.

La jurisprudence actuelle en affirmant la situation fiduciaire des *auditors* a donc fait un nouveau pas dans la voie de l'extension des responsabilités. Le devoir des *auditors* est aujourd'hui de veiller à ce que le bilan dont ils certifient la sincérité soit libellé sans réticences et de manière à mettre les actionnaires à même de voter un dividende ou non en pleine connaissance de cause. Il ne leur suffit pas de prétendre que leur rapport a simplement trait au total des dépenses et des exigibilités et doit simplement certifier que les dépenses ont été soldées et les recettes encaissées.

4. *London et general Bank*, précité, p. 423. Voici du reste dans quels termes le nouveau projet de loi précise les devoirs des *auditors* (art. 33) : « Les *auditors* de toute

VII

Trustees des obligataires, leurs devoirs.

Nous allons maintenant examiner les devoirs généraux des *trustees* institués pour la protection des obligataires.

Trustees des obli-
gataires

Dans ces dernières années, l'habitude s'est introduite de stipuler au profit des obligataires des garanties plus solides qu'auparavant, notamment des hypothèques et des privilèges mobiliers. La nomination de *trustees* est le moyen pratique de rendre ces garanties efficaces sans entraver la gestion de la société. Entre la société emprunteuse et le *trustee* ès-qualité intervient un contrat de fidéicommis sous forme authenti-

société, 1^o devront apporter une diligence raisonnable à s'informer si les comptes ont été tenus régulièrement et donnent une idée exacte des opérations financières et commerciales de la société, 2^o devront examiner le bilan et les autres comptes présentés aux actionnaires et devront dans leur rapport exprimer l'opinion que dans la mesure où ils ont pu s'en assurer, ces comptes ont été dressés conformément aux prescriptions de la présente loi et qu'en y ajoutant les explications données par les directeurs, ils représentent exactement la situation de la société. Si les *auditors* ne sont pas en mesure de rédiger leur rapport dans ces termes, ils devront mentionner les irrégularités du bilan. »

que (*trustdeed*), aux termes duquel l'actif mobilier ou immobilier de la société est grevé de charges diverses ou même est transféré (1) en tout ou partie au nom du *trustee* agissant pour le compte des obligataires ses fidéicommettants.

Constitution de
privilege.

Le privilège général peut même porter sur l'actif futur d'une société. Le contraire avait bien été jugé à deux reprises il y a quelques années (2), mais la Chambre des Lords a maintenant tranché la question dans le sens de la validité (3).

Tenue d'un registre
spécial.

Les droits des tiers autres que les obligataires sont sauvegardés par la tenue d'un registre spécial imposé aux sociétés soumises à la loi de 1862 par l'art. 43 de cette loi. Les hypothèques et droits réels doivent y être spécifiés et détaillés sous peine d'amende encourue par les directeurs et agents responsables de la société, sans préjudice de tous dommages-intérêts bien entendu. Les créanciers ont toujours le droit d'obtenir communication du registre. Toutefois, l'absence de mention sur le registre n'est pas une cause de nullité des droits réels consentis, alors même que le créancier hypothécaire serait un

Absence de mention
des droits
réels constitués.

1. L'hypothèque anglaise (*mortgage*) emporte translation qualifiée de la propriété sur la tête du créancier.

2. *Belding, v. Read*, 3 H. et C. 955 ; *Re Count d'Epineuil*, 20. C. D. 758.

3. *Tailby, v. Official Receiver*, 13. App. cas 523.

des directeurs (1). Il y a là un inconvénient auquel on a essayé de remédier en appliquant ici les lois relatives à l'enregistrement des *bills of sale* (reconnaisances de dette privilégiée avec clause de voie parée). Mais la jurisprudence actuelle décide que ces lois ne sont pas applicables et que l'enregistrement prévu d'abord par le *Companies Clauses Act* de 1845, puis par le *Companies Act* de 1862, forme un système complet se suffisant à lui-même (2). Le nouveau projet de loi comble d'ailleurs cette lacune en faisant du défaut d'enregistrement une cause formelle de nullité (3).

Sanction jusqu'ici
insuffisante.

1. *Wright, v. Horton*, 12 App. cas. 371.

2. *Re Standard Manufacturing Co*, 1891, 1 Ch. 627 ;
Re Opera limited, 1891, 3 Ch. 260.

3. Aux termes de la section 20 de ce projet de loi : *a*) toute hypothèque ou privilège destiné à garantir une série d'obligations, *b*) toute hypothèque ou privilège sur le capital non encore versé, *c*) toute hypothèque ou privilège constaté par ou résultant d'un acte qui serait soumis à l'enregistrement comme « *bill of sale* » s'il émanait d'une personne isolée, *d*) une dette flottante (*floating charge*) sur l'entreprise ou sur l'actif de la société, seront nuls à l'égard du liquidateur ou des créanciers, à défaut d'enregistrement dans les sept jours de leur date et prendront rang en tout cas du jour de l'enregistrement. L'enregistrement doit être opéré par les soins des directeurs ou à leur défaut par tout intéressé. En outre (section 21) le délai de sept jours n'est pas sacramentel et un juge de la Haute-Cour de justice peut, après ce délai autoriser l'enregistrement (ou une rectification à l'enregistrement déjà effectué), s'il le juge convenable.

Fonctions des *trustees*.

Leur utilité pratique.

Responsabilité des *trustees*.

Les devoirs des *trustees* consistent, nous le savons, dans la protection des intérêts des obligataires. Ils peuvent, à cet effet, agir en justice au nom de leurs commettants, empêcher les détériorations des biens affectés à la garantie, les vendre ou les réaliser sans intervention de justice selon les termes de l'acte de transfert. Tous ces résultats peuvent être obtenus au moyen des *trustees* sans entraver la marche des affaires de la société, comme cela arriverait nécessairement si les obligataires étaient réduits à agir eux-mêmes. Les *trustees*, au contraire, peuvent en général donner directement les autorisations de vente, de transfert, accepter les modifications de garantie et subrogations projetées et d'une façon générale remplir toutes les formalités et prendre les décisions utiles à la marche de la société et qui nécessitent l'assentiment des obligataires et leur intervention fréquente. Ils ne peuvent pas toutefois s'immiscer dans la gestion et tant que la société remplit ses engagements, elle peut librement disposer de son actif par des opérations régulières, sans que les obligataires aient le droit d'intervenir pour sauvegarder leur gage (1).

La responsabilité des *trustees* envers leurs commettants est régie par les clauses de l'acte

1. L. T. Juin 1893, Ch. Div. 539.

constitutif qui déterminent leurs devoirs et d'une façon générale par les règles du droit commun relatives aux *trustees*, matière vaste et compliquée, mais qui n'offre pas, à vrai dire, de particularités spéciales à notre sujet. C'est d'ailleurs là une des créations les plus originales du droit anglais et qui a reçu une extension considérable dans tous les domaines du droit, notamment pour la protection des incapables ; l'équité y joue un rôle prépondérant.

Nous pouvons noter comme intéressant notre sujet la jurisprudence relative aux hypothèques constituées suivant la loi anglaise sur des biens situés à l'étranger. D'après cette jurisprudence si un propriétaire d'immeubles étrangers est soumis à la juridiction des tribunaux anglais, *ratione personæ*, ces tribunaux peuvent le condamner à effectuer toute translation de droit réel dont il peut être tenu suivant la loi anglaise en vertu d'un contrat ou d'un quasi-délit et qui n'est pas d'ailleurs interdite par la loi étrangère du lieu des immeubles (1). Or, ceci s'applique aux droits réels constitués par fidéicommiss sur des immeubles étrangers (2).

Hypothèques
constituées à l'é-
tranger.

1. Ex. p. *Pollard*, 1840. Mont et ch. 329, 4 Deac. 27.

2. Westlake, *Private international law* 3^e éd. § 172 ; *Harrison, v. Gurney*, 1821, 2 Jac. et W., 563 *Eldon* ; *Clarke, v. Ormonde*, 1321. Jac. 416, 421. *Eldon* ; *Jenny, v. Mackintosh*, 1886, 33 Ch. 1821 D. 595.

CHAPITRE VII

RESPONSABILITÉ DES ACTIONNAIRES

I

Nature de la responsabilité.

Responsabilité collective en principe.

Il s'agit d'une responsabilité de nature essentiellement collective. Pour tout ce qui a trait à la gestion de la société, la volonté sociale est seule à considérer telle qu'elle est exprimée par les votes de l'assemblée des actionnaires. La minorité se trouve liée par la majorité dès que le vote est acquis et la responsabilité de tous se trouve engagée envers les tiers, du moins jusqu'à concurrence de l'actif social. La responsabilité individuelle et illimitée d'un actionnaire n'existe que si l'on peut prouver contre lui des fautes personnelles, par exemple sa complicité dans une distribution de dividendes fictifs. Il ne pourrait plus dans ce cas se retrancher derrière le caractère limité de la responsabilité de chaque asso-

cié, car le contrat de société ne saurait être pour personne un moyen d'échapper même partiellement aux conséquences de sa fraude. Il serait donc tenu de réparer le préjudice causé à des tiers par la nomination de directeurs qu'il savait incapables ou déshonnêtes, par sa complicité dans la distribution de dividendes qu'il savait fictifs, par la souscription à des actions émises au-dessous du pair (1) etc.

Quelquefois individuelle.

La même distinction doit être faite pour toute faute commise par les actionnaires. Il est évident du reste, que la responsabilité collective sera le plus souvent la seule encourue, par exemple à la suite de votes anonymes approuvant en connaissance de cause des opérations frauduleuses.

Son étendue et ses causes.

Au sujet des répartitions de dividendes fictifs, la restitution ne peut pas en être poursuivie par les tiers contre les actionnaires qui les ont reçus de bonne foi. C'est d'ailleurs le cas le plus fré-

Dividendes fictifs.

Actionnaires de bonne foi.

1. L'émission d'actions au dessous du pair est illégale, même si elle est prévue par les statuts *Re The Railway time tables etc., ex parte Welton*. L. T. Rep., janvier 1895, 682. Mais le liquidateur d'une société ne pourrait poursuivre pour lui faire verser le montant des ses actions, une personne qui, en exécution d'un contrat passé avec la société, aurait reçu de bonne foi des actions indiquées comme entièrement libérées. *Bloomenthal, v. Ford*. L. T. Rep. H. L., avril 1897, 205. (Affaire de la société « Veuve Monnier et ses fils. »)

quent, car d'après la jurisprudence, le fait de la déclaration d'un dividende par les directeurs établit suffisamment la bonne foi des actionnaires. Et cela, alors même qu'un examen minutieux des documents présentés aurait pu convaincre les actionnaires de l'inexistence des bénéfices. Il faut pour établir leur faute prouver qu'en fait ils ont procédé à cette vérification technique et que leur bonne foi a dû ainsi disparaître. Il n'y a là, du reste, qu'une application de la vieille règle relative à l'attribution des fruits au possesseur de bonne foi. Peu importe qu'il n'y ait véritablement point eu de fruits puisque le dividende a été pris sur le capital, il suffit qu'au moment de la distribution l'actionnaire ait pu le considérer comme tel. On évite ainsi les difficultés qu'entraîneraient la multitude des procès contre chacun des actionnaires (1).

II

Causes de la responsabilité

Intérêt payé aux actionnaires pendant la période préparatoire considéré comme illégal.

L'importance attachée par les tribunaux anglais à la conservation du capital social suffit

1. *Wye Valley Railway Co, v. Hawes*, 16. C. Div. 489.

à expliquer pourquoi ils considèrent comme illégal de servir un intérêt aux actionnaires pendant la période préparatoire qui précède l'exploitation régulière d'une nouvelle entreprise (1). Cette jurisprudence rigoureuse a été implicitement constatée sinon approuvée par une loi récente qui y a apporté une exception. (*Indian Railways Act 1894*). Cette loi dispose que jusqu'en 1905, les Compagnies de chemins de fer indiens pourront, si leurs statuts les y autorisent et avec l'approbation du Secrétaire d'Etat pour l'Inde, verser à leurs actionnaires un intérêt de 4 0/0, lequel sera imputé au compte des frais de premier établissement.

Exception législative récente.

Il est certain que toute cette jurisprudence relative à la conservation intégrale du capital social offre des avantages pratiques et que dans beaucoup de cas elle tend à restreindre dans une certaine mesure les déclarations de dividendes fictifs qui faussent les cours des actions au profit des spéculateurs et nuisent aux créanciers sociaux. En fait, il est fort douteux qu'on y soit parvenu.

Pour ce qui est des intérêts pendant la pé-

Critique de la jurisprudence.

1. *Re National Funds Assurance Co* ; 40. C. D. 118 (1878) ; 27 W. R. 302, 394. T. 420 484. J. Ch. 163. *Alexandra Palace Co.*, 21. C. D. 459 (1882) ; 30 W. R. 771 ; 46 L. T. 730 ; 51 L. J. Ch. 635.

riode préparatoire, cette jurisprudence ne nous paraît pas fondée en droit et voici pourquoi : D'une façon ou d'une autre, il est certain que l'intérêt sera payé. La pratique se charge de le démontrer. Chaque fois qu'une société se forme pour fonder une entreprise nouvelle, la somme versée par les actionnaires est, on peut le prévoir, d'autant plus faible que la période préparatoire doit être plus longue. Le surplus des fonds nécessaires est fourni par des prêteurs obligataires ou autres. L'intérêt payé à ces prêteurs (sans parler de l'immobilisation des garanties stipulées par eux) est toujours plus onéreux que celui dont se seraient contentés les associés. En quoi alors le gage des créanciers se trouve-t-il mieux sauvegardé que si la liberté des conventions avait été respectée ? Il est impossible de l'apercevoir (1).

4. Voici un exemple concret des conséquences du système restrictif des tribunaux anglais. Telle société anglaise récemment fondée pour exploiter un hôtel à Paris et se présentant d'ailleurs dans les conditions les plus régulières et les plus honorables, n'a demandé à ses actionnaires pendant la période préparatoire, que le quart de leur souscription soit 1.250.000 fr. Or le montant total des dépenses jusqu'à l'entrée en exploitation est estimé à 13.750.000 fr. La dessus 3 millions ont été versés par les obligataires à raison de 5 0/0 l'an et le reste est emprunté sur hypothèque à 4.25 0/0 au fur et à mesure des besoins et de l'achèvement de la construction. C'est-à-dire que pendant la période préparatoire, des intérêts assez élevés auront été payés sur

Les résultats de cette doctrine suffisent à en ruiner le principe. Il est en outre erroné de supposer qu'un capital employé à l'édification d'une entreprise ne se trouve augmenté d'aucune plus-value une fois les travaux terminés. En effet, c'est une vérité économique courante et vérifiée en pratique que 100 francs aujourd'hui valent par exemple 104 francs dans un an (1). Dans le cas d'une construction, la plus-value n'est point liquide vis-à-vis des créanciers, mais son existence n'en est pas moins certaine. Or cette plus-value du capital n'est point due aux créanciers ; il n'y a donc aucune raison pour empêcher les actionnaires de se la répartir sous forme de loyer de l'argent.

C'est à notre sens dans cette idée de la plus-value acquise par le capital que se trouve le criterium cherché. Dans la mesure qu'il indique, il n'y a point restitution partielle du capital aux associés. Il faut même peut-être décider qu'il est inutile de faire verser aux actionnaires l'intérêt qu'on leur restituera ensuite. Par exemple en adoptant le taux de 3 0/0 et si les travaux

L'intérêt n'est pas
nécessairement
pris sur le capital.

91 0/0 environ des sommes engagées dans l'entreprise et que le gage des créanciers se trouvera dès le début grevé d'une hypothèque considérable.

4. Bastiat dit : « La légitimité de l'intérêt repose sur ce fait : celui qui accorde terme, rend service » (*Harmonies économiques* p. 236).

doivent durer trois ans, il serait licite d'émettre à 91 fr. des actions de 100 fr. Mais nous hésitons à proposer cette dernière solution parce qu'elle cesserait d'être exacte si la déconfiture de l'entreprise survenait au cours des travaux, c'est-à-dire avant que la plus-value ne fût complètement acquise.

L'exemple cité en note à la page précédente montre bien que les besoins de la pratique ont triomphé et débordent de toutes parts la théorie des tribunaux anglais fondée sur une conception erronée de la valeur. Les cadres trop étroits en ont éclaté sous la poussée des faits et l'exception relative aux chemins de fer Indiens est plus apparente que réelle et est dès maintenant bien plus dans la forme que dans le fond des choses (1).

III

Actes des mandataires dans les limites de leurs pouvoirs ou sinon rectifiés après coup.

En dehors des actes accomplis par les agents d'une société dans l'exercice régulier de leurs

1. Les pays du continent admettent le paiement d'intérêts aux actionnaires pendant la période, mais le réglementent de diverses façons. Le congrès international des sociétés

fonctions, la responsabilité de la société se trouve aussi engagée par des actes irréguliers à l'origine, mais ratifiés ensuite par elle, un emprunt par exemple. Dans certains cas, la société peut être forcée même contre sa volonté de prendre à sa charge la responsabilité encourue par ses agents. C'est ce qui a été jugé dans un cas où les directeurs s'étaient personnellement portés garants d'une dette de leur société envers une banque. Dans le but de libérer la société et de se libérer eux-mêmes par voie de conséquence, ils complétèrent par anticipation les versements restants sur leurs propres actions et employèrent les fonds ainsi obtenus à rembourser la banque (1). Il fut décidé en appel par le juge Jessel que l'opération était valable et que les directeurs se trouvaient dégagés de toute responsabilité, car ils n'étaient point les *trustees* des créanciers de la Compagnie, que les créanciers

Les directeurs ne sont pas les *trustees* des créanciers sociaux.

par actions réuni à Paris en 1889 a voté la résolution (XVII) suivante : « En principe la société ne peut distribuer des intérêts aux actionnaires que sur les bénéfices réalisés.

Mais les statuts peuvent spécifier que pendant la période de premier établissement dont ils déterminent la durée, des intérêts de 3 0/0 au maximum pourront être distribués aux actionnaires.

Le total des intérêts touchés, par les actionnaires pendant la période de premier établissement ne pourra jamais représenter plus de 15 0/0 du capital ».

1. Poole's case, 9. C. D. 322.

ont des droits contre les associés pris en bloc, mais qu'ils n'ont pas plus de droit contre les directeurs que contre les autres membres de la société. Le paiement fait à la banque ne constituait pas une préférence frauduleuse d'un certain créancier, mais était au contraire une opération régulière et courante. Dès lors, le paiement ne pouvait être sujet à répétition. Et, en effet, les directeurs, quoique ayant profité personnellement de l'opération, n'avaient causé aucun préjudice à leurs fidéicommettants (1), ni même commis aucune faute.

L'espèce suivante a été jugée en suivant un raisonnement analogue : T... souscrit à une émission, puis changeant d'avis, se rend au siège de la société (pendant les heures de bureau) pour faire annuler sa souscription. Le secrétaire étant absent, il fait sa déclaration au commis qui se trouve là. La souscription ayant néanmoins été maintenue par erreur, il fut jugé que le commis avait engagé la responsabilité de la société comme ayant reçu d'elle un mandat tacite de remplacer le secrétaire tout au moins pour recevoir une déclaration comme celle dont il s'agissait (2).

1. L'expression anglaise qui s'applique ici aux actionnaires est « *cestui que trust* » mots tirés du vieux français.

2. *Re Brewery Assets Corporation, Truman's case*, 1894, 3 Ch. 272.

IV

Causes de la responsabilité (suite).

Le cas le plus simple de responsabilité indirecte d'une société est celui où l'opération en violation de ses statuts a dû lui profiter. La question se pose généralement en matière d'emprunts irréguliers. Si les fonds empruntés ont été employés à solder des dettes antérieures, la jurisprudence considère qu'il y a là une subrogation réelle aux droits des créanciers antérieurs. On admet même cette subrogation pour des créances nées postérieurement à l'emprunt (paiement de salaires des employés, de travaux déjà exécutés, etc.). Cette dernière solution se justifie facilement par cette considération que la société a de fait entre les mains la contre valeur des deniers prêtés sous forme de travaux déjà effectués pour son compte. Le principe, en équité comme en droit strict, est que le prêteur conserve une sorte de droit de suite sur ses deniers et peut mettre la main sur tout ce qui en représente la valeur entre les mains de son débiteur.

Actes en dehors du mandat mais engageant néanmoins la société.

Emprunts irréguliers.

Subrogation réelle admise par la jurisprudence dans certains cas.

Remarquons d'ailleurs que nous ne sommes

Critérium adopté.

point ici en matière d'enrichissement sans cause, mais en matière de subrogation ce qui est important au point de vue du rang et de la qualité des créances. Le criterium adopté par la jurisprudence est le suivant : Il n'y a subrogation que si l'opération antistatutaire n'a point augmenté le passif de la société, c'est-à-dire si les fonds avancés ont été consacrés à éteindre des dettes valablement contractées (1).

L'enrichissement sans cause donne lieu à une action dans des cas rares.

Quant à l'enrichissement sans cause, la jurisprudence anglaise admet bien que la société est tenue de le restituer, mais c'est là une idée d'application assez rare. Dans la plupart des cas, il n'est pas besoin d'y avoir, car il suffit aux tiers de pouvoir s'appuyer sur la régularité apparente de l'opération pour que la société se trouve liée envers eux.

Emprunt ayant profité à la société.

Le cas le plus ordinaire est encore celui d'un emprunt. Un directeur auquel les statuts interdisent de contracter aucun emprunt, réussit, nous le supposons, à trouver cependant des prêteurs. La société pourra être poursuivie en remboursement des avances, si le directeur a agi en fait dans l'intérêt de la société et pour la sauver d'une ruine immédiate. Et en effet, si le directeur n'avait pas le pouvoir d'emprunter,

1. *Baroness Wenlock, v. River Dee Co*, 49, Q. B. D. 155.

les fonds n'en ont pas moins profité à la C^{ie} et ceci donne contre elle naissance à un droit de créance absolument indépendant de cette circonstance que le directeur n'était pas autorisé à faire un pareil contrat. Quoique les directeurs soient très certainement des mandataires et ne puissent en cette qualité lier leurs mandants en dehors des limites de leurs pouvoirs, ils sont aussi jusqu'à un certain point des *trustees* investis par l'acte de société de la conduite des affaires sociales et tous les *trustees* ont le droit d'être déchargés par leurs *cestui que trust* (fidéicommettants) des responsabilités encourues dans l'accomplissement de leur mission. Or il n'y a aucune injustice à rendre une société responsable des fonds consacrés à payer les salaires de ses ouvriers et les autres frais d'exploitation, car ces avances lui ont profité (1).

Cette doctrine s'inspire certainement de l'idée de la restitution de l'enrichissement sans cause, mais qualifiée par les principes de la gestion d'affaires. Il en résulte que la société serait également responsable pourvu que l'emprunt eût été un acte de bonne administration au moment où il a été conclu et alors même que le bénéfice devant en résulter pour la société ait

Emprunt ayant dû profiter à la société.

1. *Re German Mining Co*, 4 de G. M. et G. 49, précité.

disparu ultérieurement par suite d'un cas fortuit ou imprévu.

V

Irrégularités commises par un agent dans un intérêt personnel.

Si au contraire les irrégularités ont été commises pour l'agent dans un intérêt personnel, la responsabilité de la société n'est pas engagée. Nous avons déjà vu (1) l'exemple d'un secrétaire d'une C^{ie} donnant dans un but de lucre personnel de faux renseignements sur la valeur des titres émis par elle. La solution serait différente si la fraude avait été commise par l'agent dans l'intérêt de la société. La théorie de la jurisprudence anglaise sur cette question est originale et intéressante, nous allons l'examiner avec quelques détails.

Théorie de la jurisprudence.

Son point de départ.

Le point de départ de cette jurisprudence se trouve dans une affaire déjà ancienne (2) dont l'exposé sera utile à l'intelligence de la situation : Un cocher d'omnibus dépité de voir l'omnibus d'une entreprise rivale sur le point de le dépasser avait brusquement jeté sa propre voi-

1. V. p. 138.

2. *Limpus, v. Général Omnibus Co*, 1 H. et C. 526.

ture en travers du chemin. Un accident en était résulté ; la C^{ie} fut poursuivie et condamnée à la réparation du préjudice causé. Pour sa défense, elle prétendit que le cocher avait agi contrairement à ses instructions formelles ; elle produisit à l'appui une note de service délivrée à tous ses cochers et contenant défense expresse d'engager des luttes de vitesse. Une distinction fut faite par les juges parmi les actes faits par les agents au cours de leur service. Tous ces actes ne font pas partie intégrante du service. Et quoique la conduite de l'omnibus entrât certainement dans les attributions du cocher, la C^{ie} n'aurait pas été déclarée responsable si le cocher avait agi dans son intérêt à lui, par exemple pour satisfaire une rancune personnelle contre le cocher de l'omnibus rival. Le verdict du jury fut que le cocher avait cru agir dans l'intérêt de la C^{ie} dont il était l'employé et cette dernière fut condamnée.

Dans une affaire antérieure (1) les juges avaient tenu un raisonnement analogue basé très clairement sur la distinction dont il s'agit : si un cocher (mû par un motif tout personnel) fouette le cheval d'une autre personne et occasionne ainsi un accident, son maître ne sera pas

1. *Craft, v. Alison.*

responsable. Mais si (toujours en conduisant son maître), il fouëtte un autre cheval pour dégager le sien et qu'un accident en résulte, il aura commis une faute dans l'exécution de son service dont son maître sera responsable nonobstant toutes instructions contraires. Autrement dit, un acte peut être commis pendant le service sans être nécessairement pour cela commis en exécution du service.

Son fondement juridique.

On s'explique facilement comment les instructions contraires données aux préposés ne pouvaient aucunement dégager la responsabilité de leurs commettants. Dès lors qu'elles avaient été enfreintes, rien ne prouvait plus qu'elles n'avaient pas été purement théoriques et données dans le seul but d'éviter des responsabilités éventuelles. Les ordres donnés verbalement ou même tacitement pouvaient différer de ceux donnés par écrit. Et si une société (ou tout autre commettant) doit en fait recueillir seule les bénéfices éventuels des actes illicites commis par ces agents, elle doit en supporter la responsabilité (sauf, s'il y a lieu, son recours contre ses agents fautifs). Il y a là une présomption tirée du vieil adage : « *Qui sentit commo-dum et onus sentire debet* ».

Conséquences du système contraire.

L'opinion contraire conduirait d'ailleurs à des résultats peu admissibles. Ainsi au moment

de lancer une émission d'obligations, les directeurs d'une société mettraient dans leurs rapports et prospectus des affirmations sciemment mensongères. Le crédit de la société se trouverait ainsi frauduleusement consolidé au profit des actionnaires. Toutefois ces derniers seraient en sûreté derrière une simple clause des statuts interdisant aux directeurs toutes majorations dans leurs estimations et leur enjoignant d'être véridiques. Le seul recours des obligataires serait contre des directeurs peut-être insolubles et contre la société dans la seule mesure de son enrichissement, indépendamment du préjudice causé souvent beaucoup plus considérable.

Supposons encore que les directeurs délivrent suivant les formes ordinaires un certificat de transfert portant que Primus est propriétaire d'un certain nombre d'actions nominatives entièrement libérées. Secundus peut poursuivre la société en réparation du préjudice qu'a pu lui causer cette fausse déclaration de libération faite dans l'intérêt du crédit de la société. Cette application du principe est d'autant plus intéressante qu'il s'agit d'un bénéfice purement virtuel n'ayant encore amené aucun enrichissement pour la société et ne devant se traduire que plus tard en résultats pécuniaires

VI

Causes de la responsabilité (suite).

Actes accomplis
par l'agent dans
la limite apparen-
te de ses attribu-
tions.

En dehors de toute distinction relative à l'intérêt personnel de l'agent, une société se trouve engagée envers les tiers pour tous les actes accomplis par ceux-ci dans la limite apparente de leurs attributions.

Les tiers doivent
s'informer.

La question de savoir quand l'agent a agi ou non dans la limite apparente de ses attributions, consiste dans une délimitation de fait distincte de celle que nous venons d'examiner, à savoir l'usage que l'agent fait de ces attributions. Le devoir des tiers, avant de traiter avec l'agent d'une société ou même simplement avant d'ajouter foi à ses affirmations, est de s'informer de l'étendue de son mandat, notamment en consultant les statuts.

C'est ce qui a été jugé dans une espèce où la société défenderesse avait fait exécuter des travaux par des entrepreneurs. Le traité passé donnait à la société le droit de retenir par devers elle jusqu'à complet achèvement une partie du prix dont le surplus devait être payé au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

Les entrepreneurs pressés d'argent voulurent contracter un emprunt gagé sur les sommes ainsi retenues par la Compagnie. Le secrétaire de la Compagnie interrogé par les banquiers prêteurs répondit que ces sommes étaient payables après l'achèvement des travaux, ce qui avait alors cessé d'être exact. Les banquiers consentirent alors le prêt sur délégation de la créance supposée des entrepreneurs. Or ils ne purent prouver que le secrétaire eût été spécialement autorisé à faire de telles affirmations. En fait ce dernier ignorait que la Compagnie s'était déjà presque entièrement libérée par des versements anticipés aux entrepreneurs. Il fut jugé qu'il n'entrait pas dans ses attributions de donner des renseignements de cette nature et que la société défenderesse n'était point tenue de payer une seconde fois. Un secrétaire, fut-il dit, n'est qu'un simple employé dont les fonctions consistent à exécuter les ordres qu'il reçoit. Personne n'a le droit de supposer que ses affirmations sont exactes sans avoir à s'informer plus sérieusement, pas plus qu'on ne doit admettre que le commis d'un commerçant a le droit d'émettre telle ou telle assertion de nature à engager autrui à conclure une convention avec son patron (1).

Attributions d'un
secrétaire.

1. *Barnett, v. South London Tramway Co*, 48, Q. B. D. 815.

Dans l'espèce précédente, la position du secrétaire était suffisamment déterminée par l'usage. Dans les cas où la loi et l'usage seraient muets, les tiers n'ont qu'à consulter les statuts sur l'étendue des pouvoirs de ces agents, statuts dont tout intéressé est censé avoir pris connaissance (1).

Fraude invisible pour les tiers, responsabilité de la société.

Il peut arriver au contraire que la fraude commise par le secrétaire rentre expressément dans ses attributions. Si par exemple il délivre à l'insu de ses directeurs un certificat de transport d'actions nominatives dûment scellé et revêtu de la signature imitée d'un directeur, la parfaite régularité apparente de l'opération autorise le titulaire du certificat à y ajouter foi et à poursuivre la société, en paiement du montant des actions (2). La fraude commise par le secrétaire dans l'exercice de ses fonctions exclut de la part de la société toute volonté de s'obliger, mais la fraude ne pouvait être déjouée par des tiers, ceux-ci étant simplement tenus de s'assurer que le certificat émane bien réellement du secrétaire.

Il serait en effet impraticable de contraindre les tiers à vérifier l'authenticité intrinsèque du

1. *Royal British Bank, v. Turquand*, 6, El., et Bl. 327.

2. *Shaw, v. Port Philippe Gold Mining Co*, 13, Q. B. D. 403.

document et notamment la signature du directeur. En d'autres termes, une société, en nommant son secrétaire s'engage implicitement envers le public à faire honneur aux engagements contractés en son nom par ce fonctionnaire. Dans l'espèce précitée (*Shaw v. Port Philipp Gold Mining Co*), il n'est pas certain malgré le silence des débats sur ce point, que le faux commis par le secrétaire l'ait été dans l'intérêt de la Compagnie, mais il n'apparaît pas bien comme ayant pu profiter à cette dernière. S'il avait été commis dans l'intérêt personnel du faussaire, la décision se concilierait néanmoins avec celle de l'affaire *British Mutual Coy. Charnwood etc. Rail Co* (V. p. 138), car dans cette dernière espèce, le secrétaire était sorti de ses attributions en donnant des renseignements sur les titres de la Compagnie, les tiers auraient donc dû se renseigner auprès des directeurs (1).

C'est en matière d'emprunts irréguliers faits par les directeurs que notre question est la plus délicate à trancher. Les statuts donnent en général aux directeurs le pouvoir d'emprunter une somme limitée pour les besoins de la société, sous forme de billets à ordre, de traites, de re-

Solutions difficiles à concilier.

Emprunts irréguliers.

1. *Barnett, v. South London Tramways Co*, précité, p. 171.

ports, d'obligations etc, avec affectation de garanties hypothécaires ou autres.

Emprunts de simple administration

Mais si les statuts sont muets, on admet que pour les emprunts courants et confinés aux besoins de la gestion, ils peuvent en principe à raison de leur modicité et de leur destination, être considérés comme acte d'administration (1).

Absence d'autorisation des actionnaires.

Pour éviter toutes difficultés à cet égard, les statuts fixent fréquemment une somme que les directeurs ne pourront dépasser sans l'autorisation des actionnaires (2). Or il est de jurisprudence que si les statuts interdisent aux directeurs d'emprunter sans l'autorisation des actionnaires, les tiers ne sont pas tenus de s'assurer que cette autorisation a été réellement obtenue. Ils sont censés seulement avoir pris connaissance des statuts et ne sont point obligés de se renseigner davantage. Par suite, aucune irrégularité purement relative aux opérations intérieures de la société ne leur est opposable. Trouvant dans les statuts non point une défense pour les directeurs d'emprunter, mais une autorisation subordonnée à l'assentiment des actionnaires, ils sont parfaitement en droit de sup-

4. *Re Panama etc. Co*, 1870, 5 Ch. 318.

2. Le comité du Stock Exchange de Londres refuse d'admettre à la cote les sociétés dont les statuts ne limitent pas le pouvoir d'emprunt des directeurs.

poser que cette règle de gestion intérieure relative à cet assentiment a été dûment observée (1).

Ce principe que les tiers n'ont pas à vérifier la régularité des opérations intérieures d'une société, a été appliqué par exemple dans le cas de lettres de change signées par le président du comité des directeurs sans que celui-ci ait fait préalablement au siège social le dépôt de titres prescrit par les statuts. Il a été jugé qu'en pareil cas, la société est responsable du montant des effets ainsi mis en circulation, car la faute a été commise non par les tiers porteurs des traites mais par le directeur ainsi que par ses collègues qui ont omis de vérifier le dépôt des titres (2).

Cautonnement
non effectué.

De même il a été jugé fréquemment (3) que les tiers peuvent considérer comme directeur régulièrement nommé et en ayant tous les pouvoirs, un directeur de fait et qui n'a pas été nommé selon les règles statutaires.

Directeur de fait.

1. *Royal British Bank, v. Turquand*, 6 Ex. B, 327. A. Palmer, *op. cit.*, p. 302 et 370.

2. *Re Land Credit of Ireland*, 4 ch. 460.

3. *Newhaven, v. Newhaven*, 30 C. D. 363; *Briton Medical Co, v. Jones*, 44, C. D. 472. Dans cette dernière espèce, il fut décidé que par application de la section 67 de l'*Act* de 1862, un appel de versement fait par des directeurs irrégulièrement nommés était néanmoins valable.

Les tiers peuvent exiger la libération des actions à l'encontre des actionnaires.

Pareillement les créanciers sociaux ont le droit d'exiger des directeurs (et de tous autres titulaires la libération d'actions reçues par eux, comme entièrement libérées des mains des fondateurs de la société et avec l'agrément des actionnaires. Les tiers ont droit au versement intégral du capital et des conventions intérieures de ce genre ne leur sont pas opposables (1).

Limite statutaire d'emprunt dépassée, solution différente.

Toutefois la solution donnée par la jurisprudence change lorsque les statuts fixent aux directeurs une limite d'emprunt et que cette limite a été dépassée sans que les actionnaires consentent à ratifier l'opération après coup. Une jurisprudence constante dégage pleinement en pareil cas la responsabilité de la société (3). Ceci est assez délicat à concilier avec la règle donnée plus haut que les tiers ne sont pas tenus de vérifier la régularité intérieure de la gestion. Ces derniers en effet ne sont-ils pas en droit de sou-

Solutions contradictoires.

1. *Postage Stamp etc. Co*, 1892, 3 C. 566, *De Ruviné's case*, 5 C. D. 306.

2. *Irvine, v. Union Bank of Australia*, 2 App. Cases, 366. Décision relative à un emprunt hypothécaire. Il faut d'ailleurs qu'il s'agisse d'une ratification rentrant dans les pouvoirs des actionnaires. Sinon les statuts doivent être modifiés en conséquence.

3. *Chapleo, v. Brunswick Building society*, 6 Q. B. Div. 715 ; *Weesk, v. Propert*, L. R. 8. C. P. 427. *Firbanks Executors, v. Humphrey et Others*, 18 Q. B. Div. 54 ; *Mahony, v. East Holyford Co.* L. R. 7 H. L. 869.

tenir qu'aucun signe extérieur ne les avertit que la limite d'emprunt des directeurs a déjà été atteinte au moyen d'emprunts antérieurs qu'on leur dissimule. Voici la conciliation tentée par le juge sir Barnes Peacock dans l'affaire Irwine citée à la page précédente (note 2). Dans l'affaire Turquand (v. p. 174), le prêteur pouvait légitimement supposer que les formalités intérieures d'autorisation avaient été remplies. Dans l'affaire Irwine au contraire, les statuts de la société défendaient expressément aux directeurs d'emprunter au delà d'une certaine somme. Or si l'assemblée des actionnaires avait voté une résolution donnant des pouvoirs plus étendus aux directeurs, cette résolution aurait été (conformément à l'art. 53 du *Companies Act* de 1862), notifiée au fonctionnaire chargé de l'enregistrement (*registration*) des statuts des sociétés par actions. Les tiers auraient eu connaissance de cette extension de pouvoirs en consultant les registres. On peut ainsi s'expliquer la situation différente des tiers puisque la publicité n'est pas la même dans les deux cas. Toutefois cette différence paraît assez subtile car ce n'est pas la publicité en question qui avertira les tiers que la limite d'emprunt a déjà été atteinte. Ils n'ont donc pas de moyen pratique de savoir si la société sera engagée ou non envers eux.

Inconvénients du système admis par la jurisprudence.

Cet inconvénient a d'ailleurs été reconnu par le juge Brett dans l'affaire *Chapleo v. Brunswick* (V. p. 175 note 3) à peu près dans les termes suivants : Si la société elle-même avait eu un pouvoir illimité d'emprunter et qu'elle eût cependant donné à ses directeurs des instructions secrètes de ne pas emprunter au delà d'une certaine somme, elle serait certainement engagée parce que les prêteurs n'auraient pas été mis à même d'en prendre connaissance. Mais si une société, soit en vertu d'une disposition législative, soit en vertu d'une clause de ses statuts n'avait qu'un pouvoir d'emprunt limité, il semble que toute personne en traitant avec la société devrait s'informer ou courir les risques. Dans l'espèce en question, la limite statutaire était dépassée : ils ne cherchèrent pas à s'informer. D'ailleurs l'eussent-ils fait qu'ils n'auraient probablement rien su. C'était une chance à courir, la fortune leur fut contraire, ils n'ont point d'action contre la société.

Le système peut cependant se justifier.

Il est difficile de désapprouver cette jurisprudence, si rigoureuse qu'elle soit pour les tiers. Car rendre une société responsable en pareil cas aboutirait à rendre à peu près complètement illusoire une clause de ses statuts destinée à la protéger contre les fautes des directeurs. Il ne faut pas oublier du reste que cette clause a été

publiée et qu'elle constitue donc un avertissement aux tiers qu'ils courent un certain risque en consentant l'emprunt. Le résultat pratique de la précaution prise par les statuts sera donc pour la société qu'elle trouvera du crédit plus difficilement.

En tout état de cause, les prêteurs trompés par les directeurs auront toujours leur recours contre ces derniers et aussi contre la société dans la mesure où les fonds versés ont pu lui profiter.

Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence paraît quelque peu en désaccord avec la tendance générale de la pratique. Nous l'avons vu au cours de cette étude, cette tendance est d'élargir de plus en plus la responsabilité des mandats envers les tiers à raison des actes commis par les mandataires, de rendre toujours plus étroite la solidarité entre mandants et mandataires et en un mot de substituer au formalisme ancien basé sur d'autres motifs, un formalisme nouveau destiné à favoriser le développement du crédit, c'est-à-dire du facteur essentiel de la vie économique moderne.

Il est contraire
aux tendances de
la pratique.

CHAPITRE VIII

CONCLUSION

I

Comparaison

Comparaison des
systèmes anglais
et français.

L'impression d'ensemble qui se dégage avec persistance de l'étude des idées françaises et anglaises relativement à notre sujet est que de l'autre côté du détroit, les liens juridiques groupés autour des sociétés par actions sont à la fois plus variés et plus resserrés que dans notre pays, ce qui correspond certainement à un état économique plus perfectionné. Il ne faudrait pas d'ailleurs attribuer cette supériorité au caractère plus souple du droit coutumier anglais, car précisément en la matière des sociétés l'œuvre du législateur anglais est considérable. Pour ne prendre qu'un seul exemple, le *Companies Act* de 1862, le plus important en notre matière, est un véritable code en 212 articles tandis que notre loi du 24 juillet 1867

n'en a que 67. La raison doit bien plutôt en être cherchée dans la plus grande initiative économique de nos voisins, dans l'extension énorme prise par les associations de capitaux, extension qui a forcé le législateur à se modeler docilement sur les besoins d'une pratique avancée et entreprenante.

En disant que les liens juridiques groupés autour des sociétés sont plus variés, il faut entendre qu'il s'agit là d'une différence plutôt de fait que de droit. Et en effet, les actions de priorité cumulatives ou non, d'un usage courant en Angleterre, ne sont point interdites en France, mais elles y sont jusqu'ici peu usitées. On ne voit trop pour quelle raison nos notaires chargés de la rédaction des statuts des sociétés hésitent à les y introduire malgré leurs avantages incontestés. Il en est de même des obligations hypothécaires qui commencent seulement à se répandre. Quant aux obligations garanties par un privilège conventionnel, autrement dites obligations de priorité, elles établiraient entre les créanciers chirographaires une cause de préférence non reconnue par nos lois jusqu'à présent. Elles sont au contraire admises par le droit anglais sous la simple condition d'une publicité spéciale.

Relativement aux sociétés à garantie spécia-

Liens juridiques plus variés.

Actions de priorité.

Obligations, hypothécaires, privilégiées.

Sociétés à garantie
spécialement limitée.

Conservation intégrale
du capital.

Waiver clause.

lement limitée) *limited by guarantee*), il y a là une variété très intéressante de société et qui est loin d'avoir déjà donné tout ce qu'elle promet pour l'avenir. Nous avons vu à ce sujet, combien la question de la conservation intégrale du capital social est jugée importante et comme l'étude financière des divers systèmes d'amortissement a été poussée loin par la jurisprudence anglaise.

Nous avons critiqué cette dernière sur un point important, à savoir la prohibition du paiement d'un intérêt aux actionnaires pendant la période de premier établissement. Toutefois cette prohibition n'est point dans la loi, c'est une création de la jurisprudence basée sur une notion trop étroite du capital social. En tout cas d'une façon générale, la liberté des statuts est plus grande en Angleterre et la conception de l'ordre public ne s'oppose pas à ce que telle ou telle disposition tutélaire d'une loi soit écartée conventionnellement en vertu d'une clause spéciale appelée *waiver clause* laquelle se trouve fréquemment insérée dans les statuts des sociétés et reproduite dans les prospectus d'émission (1).

1. Pour en bien comprendre la portée sur le droit des sociétés, il est utile d'examiner comment les Anglais conçoivent l'ordre public en général.

Il a été jugé par exemple, qu'il n'y a rien de contraire à

Des tribunaux anglais, nous l'avons vu, admettent beaucoup plus difficilement que les nôtres, les actions intentées par des actionnaires isolés. Ceci est vrai surtout de l'action sociale

Liens plus resserrés.

l'ordre public dans une renonciation conventionnelle aux droits conjugaux (*Wilson, v. Wilson*, I H. L. C. 538 ; 5 H. L. C. 40. *Hunt, v. Hunt*, 31, L. J. ch. 461). Les tribunaux ont déclaré un pareil contrat obligatoire par application de la maxime : « *Quilibet potest renunciare juri pro se introducto* ». Dans l'affaire *Hunt*, Lord Westbury s'exprima ainsi : « Puisqu'il ne s'agit point d'un délit civil, d'une infraction aux droits de la société, le droit d'agir en restitution des droits conjugaux n'est autre chose qu'un droit d'intérêt privé introduit en faveur du mari ». Dans l'affaire *Printing Co, v. Sampson*, 19 Eq. 463, le juge Jessel dit encore : « Il ne faut pas oublier que vous ne devez pas étendre arbitrairement la règle d'après laquelle un contrat déterminé est nul s'il est contraire à l'ordre public. Car s'il est une chose que l'ordre public exige avant toute autre, c'est que des hommes majeurs et sains d'esprit aient liberté complète de contracter ; et leurs contrats chaque fois qu'ils auront été consentis librement et volontairement, devront être tenus pour sacrés et les tribunaux les feront exécuter. Ainsi vous avez à considérer cette règle fondamentale d'ordre public : la liberté des conventions ne doit pas être entravée à la légère. Maintenant il n'est pas douteux que l'engagement de commettre un crime ou de rémunérer autrui pour en commettre un, est nul comme contraire à l'ordre public. Les tribunaux ont été plus loin et ont toujours annulé l'engagement de commettre quelque chose d'immoral ou de rémunérer autrui pour ce faire ; mais cette distinction est beaucoup plus vague que la précédente. Je serais fâché d'avoir à étendre cette doctrine beaucoup plus loin, je ne dis pas qu'il n'existe aucun autre cas où elle puisse s'appliquer, mais je répète que je serais fâché d'avoir à l'étendre plus loin ». En ce sens *Tullis, v. Jacson*, 1892, 3 Ch. 444 et *Tailby, v. Official Receiver*, 13 App. Cas. 545.

Action sociale et individuelle.

que les tribunaux français autorisent un ou plusieurs actionnaires à exercer *ut singuli*, si la société ne l'exerce pas. Dans ce dernier cas au contraire la jurisprudence anglaise considère l'action sociale comme éteinte par l'approbation tacite des actionnaires. Quant aux actions individuelles des actionnaires lésés séparément, leurs conditions d'exercice ne paraissent guère présenter que des différences de détail.

Responsabilité des directeurs et administrateurs sensiblement analogue.

La responsabilité des directeurs et administrateurs est sensiblement la même dans les deux pays, au seul point de vue des tiers bien entendu, car vis-à-vis des actionnaires, leur révocabilité *ad nutum* n'existe nécessairement qu'en France. En outre nous venons de voir qu'ils sont ici moins à l'abri des actions intentées par des actionnaires agissant en dehors de la majorité. C'est ce qui explique du reste l'idée assez répandue que leur situation est moins favorable en France. Il est plus exact de dire que leur responsabilité existe en principe à raison des mêmes faits, mais que les procès sont plus faciles à intenter en France, ce qui explique que les administrateurs y soient davantage inquiétés.

Différence entre les *auditors* et les commissaires des comptes.

En ce qui concerne les *auditors*, leur responsabilité est certainement plus rigoureuse que celle des commissaires des comptes. Il n'y a là

du reste qu'une question de degré et la différence disparaîtrait vraisemblablement si les sociétés anonymes françaises usaient de la faculté qui leur est laissée par l'art. 32 de la loi de 1867 de ne pas prendre les commissaires des comptes parmi les associés. Les sociétés anglaises désignent toujours des experts comptables comme *auditors* et peuvent ainsi par une conséquence toute naturelle exiger d'eux un contrôle plus sérieux en rapport avec leur compétence professionnelle.

L'exemple le plus caractéristique de ce resserrement des liens sociaux que nous avons signalé en Angleterre, se trouve dans la jurisprudence d'après laquelle les tiers n'ont à se préoccuper que de la régularité apparente de la gestion. Il en résulte par exemple qu'une société est responsable d'un emprunt contracté par son directeur, alors même que les actionnaires n'ont point accordé l'autorisation exigée par les statuts, ou encore qu'une société est engagée par les actes de gestion d'un directeur de fait. Les actionnaires sont ainsi rendus plus étroitement solidaires de ceux qui ont la gestion de leurs intérêts ; ils forment dès lors vis-à-vis des tiers un bloc plus solide et plus compact. A ce sujet il est intéressant de noter que le nouveau projet de loi sur les sociétés témoigne expres-

Différence relative
à la régularité ap-
parente de la ges-
tion.

Conséquences.

sément de cette tendance à augmenter les responsabilités en général. Spécialement au point de vue de celle des directeurs et fondateurs (*promoters*), son article 12 est ainsi conçu : « *Sauf exception expressément formulée, aucune disposition de la présente loi relative aux devoirs et responsabilités des directeurs et fondateurs, ne diminuera ou ne restreindra aucune responsabilité pouvant incomber à une personne quelconque en vertu du droit commun.* »

En France les irrégularités des directeurs n'engagent généralement les sociétés que dans la mesure de leur enrichissement ce qui amène inévitablement la plupart des actionnaires à se désintéresser davantage de la gestion.

Contrôle exercé
par les *trustees*
des obligataires.

En pratique, les créanciers sociaux et notamment les obligataires exercent aussi plus d'influence sur la gestion des sociétés anglaises. Leurs droits de plus en plus distincts et définis sont placés généralement sous la sauvegarde de *trustees*. L'efficacité même des garanties des obligataires rend plus nécessaire l'intervention des *trustees* dont le consentement est fréquemment nécessaire aux directeurs pour apporter à la composition de l'actif grevé les changements réclamés par les besoins de la gestion.

Tendance analogue de la pratique française.

La jurisprudence française admet également la nomination par les obligations d'un ou plu-

sieurs représentants munis des pouvoirs nécessaires pour stipuler hypothèque, en renouveler les inscriptions etc., sans qu'il y ait lieu de rechercher si le contrat ainsi intervenu présente les caractères d'une société civile proprement dite.

Société civile entre obligataires, controverse.

En tous cas d'après les arrêts (1), une telle association ne constitue pas une personne morale ayant une individualité distincte de celle des membres qui la composent et les droits qui naissent en vertu de ses opérations profitent directement à ces derniers. Quoi qu'il en soit, la clause dite de majorité pourrait être stipulée et il semble bien qu'il y aurait alors une volonté sociale propre émanant d'une société d'une nature un peu particulière. Le dernier arrêt de la Cour de Cassation (3 décembre 1889) a écarté la question de savoir s'il y a là ou non une véritable société civile, nous croyons qu'il y a bien là une telle société mais restreinte quant à son objet.

En effet aux termes de l'art. 1832, C. civ. :
« La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. » Or,

1. Cass., 19 fév. 1884. J. S. 88, 480 ; Cass. 3 janv. 88. J. S. 88, 642 ; Cass. civ., 3 déc. 1889. J. S. 91, 307, D. 90. 1. 104. V. aussi : Houpin, note au *Journ. des notaires*, art. 21630, 1877, p. 641.

en nous appuyant sur cette définition, nous voyons que les obligataires mettent en commun, non pas bien entendu leurs créances, mais bien les services du représentant qu'ils rémunèrent à frais communs (ainsi que l'usage de la salle où ils se réunissent pour délibérer etc.). Il y a là un véritable patrimoine incorporel dont l'existence est incontestable. Peu importe, malgré l'objection indiquée en passant par la Cour de cassation, que les bénéfices tombent directement dans le patrimoine de chaque associé, au lieu de tomber d'abord dans celui de la société pour être divisée ensuite. Il n'y a rien là de contraire à l'essence d'une société. Les seuls caractères essentiels sont qu'il y ait une mise (sous forme de cotisation renouvelable ou autrement) et un profit espéré. Ces deux éléments existant dans les associations ou syndicats d'obligataires, il faut donc leur reconnaître le droit d'ester en justice par la personne de leur représentant.

En pratique, la question n'offre pas d'intérêt, du moins jusqu'ici, puisque tout en repoussant le système de la personnalité civile, la Cour de cassation a admis que le représentant des obligataires peut valablement les représenter en justice dans la limite de l'intérêt mis en commun.

Il peut donc rendre sensiblement les mêmes services qu'un *trustee* (1).

Ces mêmes observations peuvent s'appliquer aux comités de défense qui depuis quelques années ont été fréquemment constitués pour la défense de porteurs de titres. Leurs décisions et principalement leurs transactions avec les débiteurs n'obligent naturellement que ceux qui en font partie, mais elles sont généralement acceptées par tous. Ces comités de défense se forment d'ailleurs le plus souvent entre porteurs de fonds d'Etats, ce qui nous dispense d'insister sur leur nature et leur fonctionnement.

Comités de défense

1. On trouve un exemple intéressant de cette tendance relativement récente des obligataires à réclamer un contrôle et des garanties plus efficaces pour la conservation de leur gage, dans une société anonyme coopérative d'habitations à bon marché appelée « la Ruche roubaisienne ». En 1897, cette société invita ses obligataires à nommer parmi eux un comité de contrôle. Ceux-ci acceptèrent cette proposition et demandèrent en outre que la société s'engageât à ne point emprunter sur hypothèque sans l'assentiment de ce comité de dix membres, auquel seraient également soumis l'aperçu d'inventaire semestriel, l'inventaire de fin d'année et tous les projets de modifications aux statuts. Enfin un des trois commissaires contrôleurs d'escomptes serait pris parmi les obligataires. La société fonctionne actuellement sur ces bases. (V. le livre de M. C. Drouhers intitulé : *La loi du 30 novembre 1894 relative aux habitations à bon marché et son application dans une grande ville industrielle*).

II

Orientation générale du droit

Conséquence des
tendances actuelles.

Risque professionnel et risque social.

Nous avons vu que la responsabilité des actionnaires existe dans certains cas en Angleterre, en dehors de toute faute ou négligence à eux reprochable, à raison des actes commis par leurs préposés (1). En recommandant cette doctrine pour les sociétés françaises, nous avons émis, pour la justifier, l'idée d'une sorte de *risque social* pouvant être comparé au *risque professionnel* récemment introduit dans la législation ouvrière de différents pays (2). Les bases juridiques des deux théories peuvent, croyons-nous, se comprendre l'une par l'autre. Dans chacune d'elles leur fonctionnement aboutit de

1. Dans cet ordre d'idées, on peut citer un arrêt intéressant du tribunal de l'Empire allemand (S. 87. 4. 18), d'après lequel le propriétaire d'un bâtiment ou d'un animal est tenu de réparer le préjudice causé par la ruine du bâtiment même au cas où il prouverait n'avoir commis aucune faute : « Le propriétaire, dit le tribunal, est le représentant légal des choses qui lui appartiennent et le dommage qui est causé par un animal ou un objet lui appartenant doit être considéré comme causé par le propriétaire lui-même ».

2. Loi allemande du 6 juillet 1884. Loi autrichienne du 28 décembre 1887. Loi anglaise du 6 août 1897. Loi française du 10 avril 1898.

temps en temps à des solutions d'une injustice certaine et en contradiction avec le vieux principe : *Suum cuique tribuere*. L'injustice est flagrante puisque des fautes reprochables uniquement au préposé retombent sur le préposant. Entre le patron et ses ouvriers, le but visé par le législateur est un rapprochement moral résultant de cet accroissement de solidarité. Pour diminuer autant que possible, les chances d'accidents, le patron s'attachera à mieux choisir ses ouvriers, à les surveiller plus efficacement et à rendre leur travail moins dangereux par des dispositifs appropriés. Sans pouvoir jamais supprimer complètement les accidents du travail, l'action du patron peut certainement les diminuer considérablement. Or, s'il le peut, il n'y a qu'un pas à franchir pour dire qu'il le doit ; ce pas a été franchi par les lois en question. Le patron devra donc désormais réussir à empêcher ses ouvriers d'être maladroits ou imprudents, sous peine d'en supporter les conséquences pécuniaires. Et comme quelle que soit la diligence qu'il y apporte, il ne pourra généralement point supprimer totalement les accidents, il supportera les conséquences pécuniaires de fautes qu'il était hors de son pouvoir de prévenir. C'est là, dit-on aujourd'hui, un risque inhérent au contrat de travail que la loi im-

pose au patron dans l'intérêt social, risque compensé d'ailleurs par le caractère forfaitaire de la loi (1) et probablement par une certaine diminution des salaires ouvriers. Cette diminution directe (ou plus invraisemblablement indirecte), correspondra à peu près à la prime d'assurance nécessaire pour couvrir le risque dont il s'agit.

Il est en outre certain que la loi nouvelle aura d'autres incidences et répercussions imprévues, car comme l'a fait remarquer Herbert Spencer, une mesure législative ne produit jamais tous les effets espérés et elle en produit toujours qu'on n'attendait point. Ce qui est probable, c'est que la transformation sera beaucoup moins radicale que le laisse supposer son apparence juridique et cela pour deux raisons principales. D'une part, en effet, avant une nouvelle loi, la pratique est généralement en avance sur le droit et bien des patrons ont pris la coutume d'indem-

1. L'art. 2 de la loi française décide que les ouvriers et employés (ou leurs représentants), ne seront pas admis à agir en vertu du droit commun contre le patron, dans le cas où il serait responsable en vertu du droit commun (art. 1382, à 1386 C. civ.), et pourrait dès lors être tenu de payer une somme supérieure aux taux forfaitaire de l'indemnité fixée par la nouvelle loi. Il en est à peu près de même dans la nouvelle loi anglaise, sauf que le droit commun continue à être facultativement applicable tant pour la faute lourde de l'ouvrier que pour celle du patron ou de son préposé (section I, clause 2. § *b* et *c*).

niser leurs ouvriers sans y être toujours tenu en droit strict, ils mettent ainsi en pratique l'idée du *risque professionnel* ; de même, nous avons vu une société anonyme française accepter volontairement le *risque social* (V. p. 3). D'autre part, la législation nouvelle ayant maintenant d'un seul coup dépassé la pratique, celle-ci se trouve maintenant en retard et tendra, comme toujours en pareil cas, à atténuer certaines conséquences du principe nouveau.(1).

Comme en dernière analyse, le fondement du droit repose sur l'intérêt commun pris dans sa conception la plus large, l'idée du *risque professionnel* (sauf une réserve que nous tenons à faire relativement à son caractère obligatoire),

Conséquences de
cette assimilation.

1. Nous n'entendons d'ailleurs pas approuver une extension du risque professionnel, excessive et encore incompatible avec le développement moral actuel de la classe ouvrière. Une telle extension amène en effet une augmentation des accidents du travail comme celle qui semble bien se produire en Allemagne malgré l'interprétation optimiste donnée aux statistiques par des gens autorisés comme M. Bödiker, le directeur de l'Office Impérial des Assurances en Allemagne. Les ouvriers allemands eux-mêmes se plaignent des résultats d'une loi faite en leur faveur. Il paraît résulter des séances du congrès socialiste tenu à Stuttgart, en octobre 1898, que les patrons couverts par l'assurance, obligatoire laissent par incurie les accidents se multiplier d'une façon effrayante. Le système de l'assurance de la faute lourde a certainement aussi augmenté la négligence des ouvriers. C'est d'ailleurs malheureusement là un danger commun à tous les genres d'assurance.

se trouve justifiée et il en est exactement de même pour le *risque social* dans les sociétés de capitaux. Nous avons reconnu, chemin faisant, le puissant intérêt général qui demande l'extension de la responsabilité des actionnaires et par suite l'adoption de l'idée du risque social. Nous savons qu'il en résultera un plus grand soin apporté par les actionnaires à choisir et à surveiller leurs administrateurs, à adopter les moyens pratiques de rendre plus difficiles les fautes de gestion commises à leur insu (contrôle plus efficace des commissaires, publicité plus complète donnée aux pouvoirs des administrateurs et à la gestion des sociétés en général).

Et si Ihering a pu dire relativement à la responsabilité pénale : « L'histoire de la peine, est une abolition constante », nous pouvons retourner l'idée pour l'appliquer à la responsabilité civile et dire que l'histoire de cette dernière est une extension constante.

Un des résultats les plus heureux de la transformation que nous voyons s'accomplir sous nos yeux, sera peut-être de diminuer dans la mesure utile, le caractère trop exclusif d'associations de capitaux qu'ont pris de nos jours les sociétés anonymes. A la mise pécuniaire, il faudra ajouter une mise intellectuelle et morale ou

sinon se contenter d'être un simple obligataire dépourvu du droit de suffrage.

C'est ainsi qu'un nouveau formalisme succède peu à peu à l'ancien. Celui-ci était fondé sur la nécessité d'usiter des formules sacramentelles constatant avec certitude la volonté des contractants à une époque où l'écriture n'était pas assez répandue pour pouvoir constituer un mode de preuve : Foi était due à la formule. Le formalisme nouveau nous l'avons vu, repose également sur la simplification de la preuve, sur la suffisance des signes extérieurs pour lier les parties quelle que soit leur situation juridique réelle. Un mandataire apparent est assimilé à un véritable mandataire ; quand un billet de banque, un chèque, une obligation au porteur sont mis en circulation avec les signes apparents de la régularité, les tiers n'ont point à se demander si le débiteur apparent a entendu réellement s'obliger : Foi est due au titre.

Substitution d'un nouveau formalisme à l'ancien.

Il est donc inexact de dire que le progrès juridique consiste dans la disparition progressive du formalisme. L'histoire nous apprend du reste que les cadres étroits du formalisme sont une nécessité juridique qu'ils ont fait la force principale du droit romain. Si malgré leur intelligence supérieure, les Grecs n'ont pas laissé de théories juridiques aussi puissantes, c'est parce

Utilité du formalisme.

que leur esprit souple, trop ennemi de la routine pour apprécier la tradition, aimait mieux juger en fait qu'en droit. Comme l'a dit Summer Maine (1), ils n'hésitaient jamais à faire fléchir les prescriptions de la loi écrite chaque fois qu'elles les empêchaient de trancher une espèce d'une façon parfaitement équitable dans le cas particulier en discussion. Par exemple, ils devaient être à peu près incapables de comprendre l'utilité sociale d'une présomption n'admettant pas la preuve contraire.

En réalité une forme ne doit disparaître que pour être remplacée par une autre inspirée par des besoins sociaux différents. Autrefois, il s'agissait de faciliter entre les parties la preuve des conventions et aujourd'hui de sauvegarder les droits des tiers et d'accélérer la rapidité des transactions. C'est toujours l'intérêt général qui est le motif déterminant de sa transformation, c'est-à-dire le facteur essentiel de l'évolution du droit.

1. Ancient law, p. 76.

VU :
Le Président de la thèse,
ANDRÉ WEISS.

VU PAR LE DOYEN :
GARSONNET.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.



